موسوعة الفقه الإسلامي

المعروفة

بموسوعة جمال عبد الناصر الفقهية

الجزء الحادي عشر

يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

جمهورية مصر العربية
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

موسوعة الفقه الإسلامى

الجزء
الحادى عشر

يصدرها المجلس الأعلى للشئون الاسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

الإشتباه في البيوع

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع [١] : ان من شروط المعقود عليـه أن يكون مالا ، لأن البيـع مبادلة المـال بالمـال .

ولو جمع بين ماهو مال[٢] وبين ما ليس بمـال فى البيـع ، بأن جمـع بين حـر وعبـد أو بين عصـير وخمـر ، أو بين ذكية وميتـة ، وباعهمـا صفقة واحـدة ، فان لم يبين حصـة كل واحد منهمـا من الثمن لم ينعقـد العقـد أصـلا بالاجماع ، وان بين فكذلك عنـد أبى حنيفـة رحمـه الله تعـالى ، لأن الصـفقة واحـدة وقـد فسـدت فى أحدهمـا فلا تصح فى الآخر .

وعنـد صاحبيه يجـوز فى العصير والعبد والذكيـة ، ويبطـل فى الحـر والخمـر والميتـة .

ولو جمـع بين قن ومدبر ، أو أم ولد ومكاتب ، أو بين عبـده وعبـد غيره وباعهما صـفقة واحـدة ، جاز البيـع فى عبـده بلا خـلاف .

ووجـه قولهمـا : أن الفسـاد بقـدر المفسـد ، لأن الحـكم يثبت بقدر العـلة ، والمفسد خص أحدهما ، فلا يتعمم الحـكم مع خصـوص العلة فلو جاء الفسـاد انمـا يجىء من قبـل جهـالة الثمن ، فاذا بين حصة كل واحد منهـا من الثمن فقـد زال هـذا المعنى أيضـا .

ولهـذا جاز بيـع القن اذا جمـع بينـه وبين المدبر أو المكاتب أو أم الولد وباعهمـا صـفقة واحـدة ، كذا هذا .

ومن الشروط[٣] أيضـا أن يكون المعقـود عليه مقـدور التسليم عند العقد .

فان كان معجـوز التسـليم عنـد العقد لا ينعقـد وان كان مملوكا له كبيـع الآبق فى جـواب ظاهر الروايات ، حتى لو ظهـر يحتـاج الى تجـديد الايجـاب والقبول ، الا اذا تراضـيا فيـكون بيعـا مبتـدأ بالتعـاطى . فان لم يتراضـيا وامتنـع البـائع من التسليم لا يجبر على التسليم .

ولو سـلم وامتنـع المشترى من القبض لا يجبر على القبض ، لأن القـدرة على التسـليم لذا العـاقد شرط انعقـاد العقد ، لأنه لا ينعقـد الا لفـائدة ، ولا يفيد اذا لم يكن قادرا على التسـليم ، والعجـز عن التسـليم ثابت حالة العقـد ، وفى حصـول القـدرة بعـد ذلك شـك واحتمـال قـد

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٠ طبع مطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ الطبعة الأولى .

(٢) المرجع السابق للكاسانى ج ٥ ص ١٤٥ الطبعة السابقة .

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٧ الطبعة السابقة .

يحصل وقد لا يحصل ، وما لم يكن منعقدا بيقين لا ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الأصل المعهود أن ما لم يكن ثابتا بيقين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال .

بخلاف ما اذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ ، لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد فانعقد ، ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك فى زوال المنعقد بيقين ، والثابت باليقين لا يزول بالشك فهو الفرق .

وذكر الكرخى رحمه الله تعالى أنه ينعقد بيع الآبق ، حتى لو ظهر وسلم يجوز ، ولا يحتاج الى تجديد البيع ، لأن الأباق لا يوجب زوال الملك .

ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ .

ولو وهبه من ولده الصغير يجوز ، وكان ملكا له ، فقد باع مالا مملوكا له ، الا أنه لم ينفذ فى الحال للعجز عن التسليم ، فان سلم زال المانع فينفذ ، وصار كبيع المغصوب الذى فى يد الغاصب اذا باعه المالك لغيره ، أنه ينعقد موقوفا على التسليم ، لما قلنا ، كذا هذا .

وعلى هذا يخرج بيع اللبن[1] فى الضرع ، لأن اللبن لا يجتمع فى الضرع دفعة واحدة بل شيئا فشيئا فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد .

وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم فى ظاهر الرواية لأنه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما فصار معجوز التسليم بالجز ، والنتف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد .

والاجازة[2] فى البيع تلحق تصرف الفضولى بشرائط .

منها : أن يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الأجازة .

لأن ماله مجيز متصور منه الاذن للحال وبعد وجود التصرف ، فكان الانعقاد عند الاذن القائم مفيدا فينعقد ، وما لا مجيز له لا يتصور الاذن به للحال ، والاذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث ، فان حدث كان الانعقاد مفيدا ، وان لم يحدث لم يكن مفيدا ، فلا ينعقد مع الشك فى حصول الفائدة على الأصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك ، واذا لم ينعقد لا تلحقه الاجازة ، لأن الاجازة للمنعقد .

---

(1) المرجع السابق ج ٥ ص ١٤٨ الطبعة السابقة .

(2) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ١٤٩ الطبعة السابقة .

ويشترط[١] لصحة البيــع أن يكون المبيع معلوما ، وثمنه معلوما علما يمنع من المنازعة .

فان كان أحـــدهما مجهــولا جهالة مفضية الى المنازعة فسد البيع ، وان كان مجهــولا جهالة لا تفضى الى المنازعة لا يفسد .

لأن الجهـــالة اذا كانت مفضية الى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم ، فلا يحصل مقصود البيــع .

واذا لم تكن مفضية الى المنازعة لا تمنــع من ذلك فيحصل المقصود .

ومن ذلك ما اذا قال : بعتك شـــــاة من هذا القطيــع أو ثوبا من هــذا العــدل[٢] فالبيــع فاســد ، لأن الشــاة من القطيع ، والثــوب من العــدل مجهول جهــالة مفضية الى المنازعة ، لتفاحش التفاوت بين شــاة وشـــاة ، وثوب وثوب فيوجب فساد البيع ، فان عين البـــائع شاة أو ثوبا وســـلمه اليه ورضى به جـــاز .

وأما جهالة المبيع[٣] فلأن العقــد فى أحدهما بات وفى الآخــر خيار ولم يعين أحدهمـــا من الآخر فكان المبيــع مجهولا .

واذا بيــع الثمــر على الشــجر واستأجر المشترى من البائع الشجر للترك الى وقت الادراك ، طاب للمشترى الفضــــل ، لأن الترك حصل باذن البائع[٤] .

ولــكن لا تجب الأجرة ، لأن هذه الاجارة باطــلة .

ولو أخرجت الشجرة فى مدة الترك ثمــرة أخــــرى فهى للبـــائع ســـــواء كان الترك باذنه أو بغــير اذنه لأنه نمـــاء ملك البـــائع فيكون له ، ولو حللهـــا له البائع جاز .

وان اختلط الحـــادث بعد العقد بالموجــود عنده حتى لا يعرف ينظر .

فان كان قبل التخلية بطل البيع لأن المبيــع صار معجــوز التســليم بالاختلاط للجهـــالة وتعـــذر التمييز ، فأشبه العجز عن التسليم بالهـــلاك .

وان كان بعد التخلية لم يبطل البيع ، لأن التخليـــة قبض ، وحكم البيــــع يتم ويتناهى بالقبض والثمرة تكون بينهما ، لاختلاط ملك أحدهمـــا بالآخر اختـــلاطا لا يمكن التمييز بينهمـــا ، فكان الكل مشتركا بينهما .

والقول قول المشترى فى المقـــدار ، لأنه صاحب يد ، لوجود التخليـــة ، فكان الظاهر شاهدا له ، فكان القول قوله .

والحيوان[٥] مع اللحم ان اختلف الأصلان

---

(١) المرجع السابق للكاسانى ج ٥ ص ١٥٦ الطبعة السابقة .

(٢) العدل بالكسر المثل والنظير والقيمة — ترتيب القاموس ج ٣ ص ٢٤٩ مادة عدل .

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٧ الطبعة السابقة .

(٤) المرجع السابق جـ ٥ ص ١٧٣ الطبعـــة السابقة .

(٥) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٨٩

فهما جنسان مختلفان ، كالشاة الحيـــة مـــع لحم الأبل والبقر .

فيجوز بيع البعض بالبعض مجـــازفة نقدا ونسيئة لانعـــدام الوزن والجنس فلا يتحقق الربا أصـــلا .

وان اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشـــاة فمن مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين . وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشـــاة الحية مجـــازفة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى .

وعللوا لهمـــا بأنه باع الجنس بخـــــلاف الجنس .

ومنهم من اعتبرهما جنسا واحدا .

وبنوا مذهبهمـــا على أن الشـــــاة ليست بمـــوزونة .

وجـــريان ربا الفضـــل يعتمـــد اجتمـــاع الوصفين : الجنس مع القدر .

فيجوز بيع أحدهما بالآخر مجازفة ومفاضلة بعـــد أن يكون يدا بيـــد .

وهو الصحيح على ما عرف فى الخلافيات .

وقال محمد رحمه الله تعالى : لا يجـــوز الا على وجه الاعتبـــار ، على أن يكون وزن اللحم الخالص أكثر من اللحم الذى فى الشاة الحيـــة بالحزر والظن ، فيكون اللحم بازاء اللحم ، والزيادة بازاء أخـــلاف الجنس من الأطراف والسقط والرأس والأكارع والجلد والشـــحم .

فان كان اللحم الخالص مثـــل قدر اللحم الذى فى الشاة الحية ، أو أقل ، أو لا يدرى ، فانه لا يجـــوز .

وعلى هذا الخلاف اذا باع الشاة الحيـــة بشحم الشاة ، أو بأليتهـــا ، وهـــذا مذهب أصـــحابنا .

وأما بيع[1] دهن الجـــوز بالجوز ، فقـــد اختلف المشايخ فيـــه .

قال بعضهم : يجوز مجازفة .

وقال بعضهم : لا يجوز الا على طـــريق الاعتبـــار .

وأجمعوا على أن بيع النصال بالحـــديد غير المصـــنوع جائز مجـــازفة بعـــد أن يكون يدا بيـــــد .

ووجه قول محمد رحمه الله أن فى تجـــويز المجـــازفة ها هنا احتمال الربا فوجب التحرز عنـــه ما أمـــكن ، وأمكن بمـــراعاة طـــريق الاعتبـــار ، فلزم مراعاته قياســـا على بيـــع الدهن بالسمسم .

والدليـــل على أن فيـــــه الربا أن اللحم موزون ، فيحتمـــل أن يـــكون اللحم المنزوع أقل من اللحم الذى فى الشاة وزنا ، فيكون

---

(١) المرجع السابق جـ ٥ ص ١٩٠

شىء من اللحم مع السقط زيادة ، ويحتمل أن يكون مثله فى الوزن ، فيكون السقط زيادة ، فوجب مراعاة طريق الاعتبــار تحــرزا عن الربا عند الامكان ، ولهذا لم يجز بيع الدهن بالسمسم والزيت بالزيتون الا على طــريق الاعتبــار •

ومن شروط[1] البيــع الخلو عن احتمــال الربا ، فلا يجوز المجــازفة فى أموال الربا بعضها ببعض ، لأن حقيقة الربا كمــا هى مفسدة للعقد ، فاحتمــال الربا مفســد له أيضــــا •

لقول عبد الله بن مسعود رضى الله تعــالى عنه ، ما اجتمع الحــلال والحــرام فى شىء الا وقد غلب الحرام الحلال •

والأصل فيه أن كل ما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجــازفة ، وما لا فلا ، لأن التماثل والخلو عن الربا فيما يجرى فيه الربا لمــا كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المــاثلة بالمجــازفة ، فيقــع الشك فى وجــود شرط الصــحة ، فلا تثبت الصــحة على الأصــل المعهــود فى الحــكم المعلق على شرط اذا وقع الشــك فى وجــود شرطه أنه لا يثبت ، لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشــك ، كمــا أن الثابت بيقين لا يزول بالشك •

وبيان هــذا الأصل فى مسائل :

اذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة •

فان لم يعلما كيلهما ، أو علم أحدهما دون الآخر ، أو علما كيل أحدهما دون الآخــر ، لا يجــوز ، لمــا قلنا •

وان علم استواؤهما فى الكيل •

فان علم فى المجلس جــاز البيــع ، لأن المجلس وان طال فله حكم حالة العقــد ، فكأنه عنــد العقــد •

وان علم بعد الافتراق لم يجز •

ولو تبايعا حنطة بحنطة وزنا بوزن متساويا فى الوزن لم يجــــز ، لأن الحنطــة مكيلة ، والتساوى فى الكيل شرط جواز البيــع فى المكيلات ، ولا تعــلم المســاواة بينهمــا فى الــكيل ، فــكان بيــع الحنطــة بالحنطــة مجــازفة •

وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعــالى أنه اذا غلب استعمال الوزن فيهــا تصــير وزنية ، ويعتبر التساوى فيهــا بالوزن وان كانت فى الأصل كيليــة •

وعلى هذا تخرج المزابنة والمحاقلة أنهمــا لا يجــوزان •

لأن المزابنة بيع التمر على رؤوس النخــل بمثل كيله من التمر خرصا لا يدرى أيهمــا أكثر ، وبيع الزبيب بالعنب لا يدرى أيهمــا أكثــر •

والمحاقلة بيع الحب فى السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدرى أيهما أكثر ، فكان هذا بيع مال الربا مجــازفة ، لأنه لا تعرف المساواة بينهما فى الكيل •

---

(١) المرجع السابق ج ٥ ص ١٩٣ ، ص ١٩٤

وقد روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة •

ولو اشترى فضة مع غيرها بفضة مفـــردة بأن اشترى سيفا محلى بفضـــة مفـــردة أو اشترى ذهبـــا وغيره بذهب مفـــرد ، كمـــا اذا اشـــترى ثوبا منســـوجا بالذهب بذهب مفرد ، أو جارية مـــع حليها وحليهـــا ذهب بذهب مفـــرد ونحـــو ذلك ، فانه لا يجـــوز مجـــازفة عنـــدنا ، بل يراعى فيـــه طريق الاعتبار ، وهو أن يكون وزن الفضة المفـــردة أو الذهب المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف جنسه ، فلا يتحقق الربا •

فان كان وزن المفرد أقل من وزن المجموع أو كان مثله لا يجوز •

وكذلك اذا كان لا يعلم وزنه أنه أكثر ، أو أقل ، أو اختلف أهل النظـــر فيه ، فقال بعضهم : الثمن أكثـــر ، وقال بعضهم : هو مثله لا يجوز عندنا •

وعند زفر يجوز ، ووجه قوله أن الأصـــل فى البيع جـــوازه والفساد يعـــارض الربا وفى وجوده شك فلا يثبت الفساد بالشك •

ويشترط[1] فى المسلم فيه أن يكون موجودا من وقت العقد الى وقت الأجل •

فان لم يكن موجودا عند العقد ، أو عند محل الأجل ، أو كان موجـــودا فيهما لكنه انقطع من أيـــدى النـــــاس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشـــباه ذلك ، فلا يجوز الســـلم ، لأن القـــدرة على التسليم ثابتـــة للحال ، وفى وجودها عند المحل شك لاحتمال الهلاك •

فان بقى حيا الى وقت المحل ثبتت القدرة وان هلك قبـــل ذلك لا تثبت والقدرة لم تكن ثابتة فوقع الشـــك فى ثبوتهـــا فلا تثبت مع الشك •

مذهب المـــالكية :

جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى[2] عليه : أنه ان اشترى على رؤية متقـــدمة ، فادعى المشترى أنه ليس على الصفـــة التى رآه عليها ، وادعى البائع أنه عليها ، حلف البائع على بقاء الصفة التى رآه المشترى عليها ولم يتغـــير •

فان حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا ؟

فان قطع أهل المعرفة بعدم التغير ، فالقول للبـــائع بلا يمين •

وان قطع بالتغير فالقول للمشترى •

وان رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين •

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ٢١١ الطبعة السابقة .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه وتقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٢٥ طبع مطبعة دار أحياء الكتب العربية طبع عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

وكره بيـع[١] ، مغشـوش ، كذهب فيه فضة بمثله مراطلة أو مبادلة ، أو غيرهمـا لمن لا يؤمن أن يغش به ، بأن شـك فى غشه وفسـخ ممن يعلم أنه يغش به ، فيجب رده على بائعـه ، الا أن يفوت بذهاب عينـه ، أو يتعذر المشترى .

فان فات فهل يتجدد ملكه لثمن المغشوش فـلا يجب أن يتصـدق به ، وان ندب له التصـدق أو يتصـدق وجوبا بالجميـع أى جميع الثمن ، أو بالزائد على فرض بيعـه ممن لا يغش به ، لأنه اذا بيع ممن يغش يباع بأزيد ؟ أقوال أعدلها ثالثها .

وجـاء فى الحطـاب[٢] : ومن باع ثوبا ، وادعى المشـترى أن شراءه كان أكثر ممـا باعه به ، وأنه غلط فيـه ، واختلط له بغيره ، ولم يمكن الفـرز والتمييز ، فان كان البيـع مرابحـة صـدق ، وان كانت له شـبهة من رقم أو شهادة قوم على ما وقع به عليـه فى مقاسمة أو شـبه ذلك .

واختلف ان ادعى الغلط فى بيع المساومة ، وزعم أنه اختلط له بغيره ، وهو ذو أثواب كثيرة ، فقيل : انه بمنزلة المرابحـة ، وهـو ظاهر الرواية .

وما فى كتاب الأقضية من المدونة وما فى نوازل سحنون من كتاب العيوب محتمل .

وقيل : البيع لازم ، ولا حجة له فيمـا ذكر واليه ذهب ابن حبيب .

سئل مالك عمن باع مصلى فقال المشترى : أتدرى ما هـذا المصـلى ؟ هى والله خـز ، فقـال البائع : ما علمت أنه خـز ، ولو علمته ما بعتـه بهـذا الثمن ، قال مالك : هـو للمشـترى ، ولا شىء للبـائع لو شـاء استبرأه قبل بيعـه .

وكذا لو باعه مرويا ، ثم قال : لم أعلم أنه مروى ، انمـا ظننته كذا أو كذا أرأيت لو قال مبتـاعه ما اشتريتـه الا ظنـا أنه خز وليس بخـز فهذا مثله .

وكذا من باع حجرا بثمن يسـير ، ثم تبين أنه ياقوتة أو زبرجدة تبلغ مالا كثيرا لو شـاء استبرأه قبـل البيـع .

بخلاف من قال اخرج لى ثوبا مرويا بدينار فأخرج له ثوبا أعطـاه اياه ثم وجـده من أثمـان أربعـة دنانير هـذا يحلف ويأخـذ ثـوبه .

قال ابن رشـد فى سـماع أبى زيد خلاف هذا أن من اشترى ياقوتة ، وهـو يظنهـا حجـرا ، ولا يعرفها البـائع ولا المبتـاع فيجـدها على ذلك ، أو يشترى القرط يظنـه ذهبـا فيجـده نحاسـا أن البيـع يرد فى الوجهـين .

وهذا الاختلاف انمـا هـو اذا لم يسم أحدهمـا الشىء بغير اسـمه ، وانمـا سـماه باسـم يصلح له على كل حال .

(١) المرجع السـابق ج ٣ ص ٤٣ الطبعة السابقة .

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليـل وبهامشه التاج والاكليل للمواق ج ٤ ص ٤٦٦ ، ص ٤٦٧ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٣٨هـ الطبعة الأولى .

ثم قول البـــائع أبيعك هذا الحجـــر ، أو قول المشترى : بع منى هـــذا الحجـــر ، فيشتريه وهو يظنه ياقوتة فيجده غير ياقوتة ، أو يبيـــع البـــائع يظن أنهـــا ياقوتة ، فاذا هو غير ياقوتة ، فيلزم المشترى •

وان علم البـــائع أنهـــا غير ياقوتة والبائع البيـــع وان علم المشترى أنهـــا ياقوتة على رواية أشهب •

ولا يلزم ذلك فى الوجهين على ما فى ســماع أبى زيد •

وأما اذا ســمى أحدهمـــا الشىء بغـــير اســمه ، مثل أن يقـــول البـــائع أبيعـــك هـــذه اليـــاقوتة فيجـــدها غير ياقوتة ، أو يقول المشترى بع منى هـــذه الزجاجة ، ثم يعلم البـــائع أنهـــا ياقوتة ، فلا خـــلاف فى أن الشراء لا يلزم المشترى والبيع لا يلزم البائع ، وكذا القول فى المصلى وشبه ذلك •

وأما القرط يظنه المشترى ذهبـــا يشترط أنه ذهب فيجـــده نحاسا ، فلا خـــلاف أن له أن يرده اذا كان قد صـــنع على صـــفة أقراط الذهب ، أو كان مغسولا بالذهب •

وقد اختلف اذا أبهم أحدهما لصـــاحبه فى التسمية ولم يصرح •

فقال ابن حبيب أن ذلك يوجب الرد •

وقال غيره غير ذلك •

وقال مالك[١] فيمن خلط ســلعة بتركة ميت ولم يبين فان للمبتـــاع الرد ، وكذلك فيمـــا جـــلب من رقيـــق أو حيـــوان فخلط اليهـــا رأســـا ، أو دابة ويصيح عليه الصـــائح ، فان لمبتـــاعه الرد اذا علم •

مذهب الشافعيـــة :

جـــاء فى مغنى المحتاج[٢] : أنه لا يصـــح بيـــع اللبن فى الضرع وان حلب منـــه شىء ورؤى قبـــل البيع ، للنهى عنـــه ، ولاختلاطه بالحـــادث ، ولأن تســـليمه انمـــا يمكن باستئصاله ، وهو مؤلم للحيوان •

فان قبض قبضـــة وقـــال : بعتك هـــذه ، صـــح قطعـــا كما فى المجموع •

ولا يصح بيـــع الأكارع والرءوس قبـــل الابانة •

ولا المذبوح أو جـــلده أو لحمـــه قبـــل الســـلخ أو الســـمط ، لأنه مجهول •

قال الأذرعى : وكذا مســـلوخ لم ينق جـــوفه وبيـــع وزنا ، فان بيـــع جـــزافا صـــح •

بخـــلاف السمك والجـــراد فيصح مطلقا ، لقـــلة ما فى جوفه •

ولا يصح بيـــع مســـك اختلط بغـــيره لجهل المقصـــود كنحـــو لبن مخلوط بنحـــو

(١) مواهب الجليـــل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ٤٩٢ ، ص ٤٩٣ الطبعة السابقة .

(٢) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للامام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٢ ص ٢٠ ، ص ٢١ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ

ماء ، نعم ان كان معجـونا بغيره كالغـالية والند صح ، لأن المقصـود بيعهمـا ،لا المسك وحــــده •

ولو باع المسك فى فأرته لم يصح •

ولو فتح رأسها كاللحم فى الجـلد فان رآها فارغة ثم ملئت مســكا لم يره ثم رأى أعلاه من رأســها أو رآه خارجهـا ثم اشـــتراه بعــد رده اليهـا جاز •

ولو باعه الســمن وظرفه ، أو المســـك وفأرته ، كل قيراط بدرهم مثــلا صــح وان اختلفت قيمتهمــا ان عرفا وزن كل واحـــد منهما وكان للظرف قيمــة ، والا فلا يصح •

ويجوز بيــع حنطــة مختلطة بشـــعير كيلا ووزنا وجزافا •

ولا يصح بيع تراب معــدن قبل تمييزه من الذهب والفضــة ولا تراب صــاغه ، لأن المقصود مســتور بمــالا مصـلحة له فيه عــادة ، كبيــع اللحم فى الجلد •

ولو كان الثوب على منسج قد نســـج بعضــه ، فبــاعه على أن ينســج البــائع البــاقى ، لم يصح البيــع قطعــا ، نص عليــه •

والأصح ان وصف الشىء الذى يراد بيعــه بصــفة الســلم أو ســماع وصــفه بطريق التــواتر لا يكفى عن الرؤية ، لأنها تفيــد أمــورا تقصر عنهــا العبــارة وفى الخبر « ليس الخبر كالعيان » •

وجــاء فى نهاية المحتــاج[1] : أن من باع ما بدا صلاحه من ثمر أو زرع وأبقى لزمه ســقيه ، حيث كان مما يســقى قبل التخلية وبعــدها قدر ما ينميــه ويقيــه من التلف ، لأنه من تتمــة التســليم الواجب ، كالكيــل فى المكيل ، والوزن فى الموزون •

فلو شرط كونه على المشترى بطل البيــع ، لمخالفتــه مقتضــاه •

فلو باعه مع شرط قطع أو قلع لم يجب بعد التخليــة سقى كمــا بحثه الســبكى ، الا اذا لم يتــأت قطعــه الا فى زمن طويل يحتــاج فيــه الى الســقى ، فنكلفه ذلك فيمــا يظهر أخــذا من تعليلهم المذكور ، وان نظــر فيه الأذرعى •

ولو باع الثمرة لمــالك الشجرة لم يلزمه ســقى ، كمــا هو ظاهر •

وفى كلام الروضــة ما يدل له ، لانقطــاع العلق بينهما •

ويتصرف مشترى ما ذكر بعد التخلية ، لحصول القبض بهــا •

ولو عرض مهلك أو تعيب بعد التخليــة من

---

(١) نهـاية المحتــاج الى شرح المنهــاج لشمس الدين محمد بن العباس الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب معحاشية الشبراملسى وبهامشه المغربى ج ٤ ص ١٤٩ وما بعدها طبع مطبعة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البــابى الحلبى وشركاه ومغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للشربينى الخطيب ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها الطبعة السابقة .

غــير ترك ســــقى واجب كبــرد بفتح الراء واسكانهـــا .

فالجديد : أنه من ضــمان المشترى ، لمــا تقـــرر من حصول القبض بهـــا لخبر مســـلم « ان النبى صلى الله عليـــه وســلم أمــر بالتصدق على من أصيب فى ثمر اشتراه ، ولم يسقط ما لحقه من ثمنها » فخبره أنه أمــر بوضـــع الجـــوائح محمول على الأول أو على ما قبل القبض جمعا بين الدليلين .

أما لو عرض المهلك من ترك ما وجب على البـــائع من السقى كان من ضمانه .

والقديم أنه من ضمان البائع .

ولو كان مشترى الثمر مالك الشجر ضمنه جزما ، كما لو كان المهلك نحو سرقة أو بعــد أوان الجذاذ بزمن يعد التأخير فيه تضييعا .

أما ما قبلها فمن ضمان البائع .

فان تلف البعض انفسخ فيه فقط .

ولو تعيب الثمـــر المبيـــع منفـــردا من غير مالك الشجر بترك البـــائع السقى الواجب عليه ، فللمشترى الخيـــار ، لأن الشرع الزم البـــائع التنميـــة بالسقى فالتعييب بتـــركه كالتعييب قبـــل القبض ، حتى لو تلف بذلك انفسخ العقد أيضـــا .

هذا كله ما لم يتعذر السقى .

فان تعذر بأن غارت العين ، أو انقطــــع مـــاء النهـــر فلا خيـــار له كمـــا صرح به أبو على الطبرى ، ولا يكلف فى هذه الحـــالة تكليف ماء آخر ، كما هو قضـــية نص الأم ، وكلام الجوينى فى السلسلة .

فان آل التعييب الى التلف والمشترى عالم به ولم يفسخ لم يغرم له البـــائع فى أحـــد وجهين ، كما رجحه بعض المتأخرين .

ولو بيـــع نحو ثمر قبل أو بعـــد بدو صـــلاحه بشرط قطعه ، ولم يقطـــع حتى هلك بجائحـــة ، فأولى بكونه من ضــــمان المشترى ما لم يشرط قطعه لتفريطه .

ومن ثم قطع بعضهم بكونه من ضمانه .

وقطع بعض آخـــر بكونه من ضــــمان البـــائع .

قال الأذرعى : لا وجـــه له اذا أخـــر المشترى عنـــادا .

ولو بيع ثمـــر أو زرع بعـــد بدو الصلاح ، ولو بعضـــه ممـــا ينـــدر اختـــلاطه ، أو يتســـاوى فيه الأمران ، أو يجهل حاله ، صح بشرط القطـــع والابقاء .

ومع الاطلاق أو مما يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجـــود ، بحيث لا يتميزان كتين وقثـــاء وبطيخ ، لم يصح البيــــع ، لانتفاء القدرة على تسليمه ، الا أن يشترط المشترى أى أحد المتعاقدين ويوافقه الآخر قطـــع ثمره أو زرعه عند خوف الاختلاط فيصح البيــــع حينئذ ، لانتفاء المحذور .

فلو لم يتفق قطـــع حتى اختلط فكمـــا فى قوله ولو حصل الاختـــلاط قبل التخليـــة

فيمـا يندر فيه الاختلاط ، أو فيمـا يتساوى فيـــه الأمران ، أو جهـل فيـه الحـال ، فالأظهـر أنه لا ينفسخ البيـع ، لبقـاء عين المبيع ، وتسليمه ممكن بالطريق الآتى :

فدعوى مقابلة تعذره ممنوع ، وان صححه النووى فى بعض كتبه ، وانتصر له جمـع من المتـأخرين ، وادعوا أنه المذهب .

بل يتخير المشترى بين الاجازة والفسخ ، اذ الاختلاط عيب حدث قبـل التسليم .

ويؤخـذ من ذلك تصـحيح ما دل كلام الرافعى عليه أنه خيـار عيب فيكون فوريا ، ولا يتـوقف على حـاكم لصـدق حـد العيب السابق عليه ، فانه بالاختلاط صـار ناقص القيمة ، لعـدم الرغبة فيه حينئـذ ، وان ذهب كثـيرون الى أنه على التراخى ، وتوقفه على الحاكم ، لأنه لقطـع النزاع ، لا للعيب .

والثانى ينفسخ ، لتعذر تسليم المبيع .

وعلى الأول فان سمح بفتح الميم له البائع بمـا حدث بهبة أو غيرها ويملك به أيضـا هنا ، كما فى الأعراض عن السنابل ، بخلافه عن النعل لأن عوده الى المشترى متـوقع ، ولا سبيل هنـا الى تمييز حق البائع سـقط خيـاره فى الأصح ، لزوال المحذور ، ولا أثر للمنة هنا لكونها فى ضـمن عقـد ، وفى مقابلة عـدم فسـخه .

والثانى : لا يسقط ، لمـا فى قبـوله من المنـــة .

وكلام المصنف كأصله تبعا للامام والغزالى يقتضى تخيير المشـترى أولا حتى تجـوز مبـادرته للفسـخ .

فان بادر البـائع أولا وسـمح سـقط خيـاره وهو الأصح .

وان قال فى المطـلب أنه مخـالف لنص الشافعى والأصحاب ، فانهم خيروا البـائع أولا فان سـمح بحقـه أقـر العقـد ، والا فسـخ .

أما لو وقع الاختـلاط بعـد التخليـة ، فلا انفسـاخ أيضـا ، ولا خيـار ، بل ان اتفقـا على شىء ، فذاك ، والا صـدق ذو اليـد بيمينه فى قدر حق الآخر .

وهل اليـد بعـد التخليـة للبـائع ، أو للمشترى ، أولهما ؟ فيه أوجه .

أوجهها ثانيها كما اقتضاه كلام الرافعى .

ولو اشترى شجرة وعليهـا ثمرة للبـائع يغلب تلاحقها ، ففى وجـوب القطـع ووقوع الاختـلاط والانفسـاخ مـا مر ، خـلافا لبعضـهم .

ولو باع جزة من القت مثلا بشرط القطـع فلم يقطعها حتى طالت وتعذر التمييز جـرى القـولان .

ويجريان أيضـا فيما لو باع حنطة فأنصب عليهـا مثلهـا قبـل القبض ، وكذا فى المائعـات .

ولو اختلط الثوب بأمثاله أو الشاة المبيعـة بأمثالهـا ، فالصحيح الانفسـاخ ، لأن ذلك

يورث الاشتباه ، وهـو مانع من صـحة العقـد ، ولو فرض ابتـداء ، وفى نحـو الحنطـة غاية ما يلزم الاشـاعة ، وهى غـير مانعـة •

وجاء فى مغنى المحتـاج [(١)] : ان المالك ان قارض شـخصا على مالين فى عقـدين ، فخلطهما ، ضمن ، لتعـديه فى المـال ، بل ان شرط فى العقـد الثـانى بعـد التصرف فى المـال الأول ، ضم الثانى الى الأول فسـد القراض فى الثانى ، وامتنع الخلط ، لأن الأول استقر حكمه ربحـا وخسرانا •

وان شرط قبـل التصرف صـح ، وجـاز الخلط ، وكأنه دفعهمـا اليه معـا ، نعم ان شرط الربح فيهمـا مختلفا امتنع الخلط •

ويضمن العامل أيضـا لو خلط مال القراض بمـاله ، أو قارضـه اثنـان فخـلط مال أحدهما بمـال الآخـر ، ولا ينعـزل بذلك عن التصرف كما نقله الامام عن الأصحاب •

واذا اشترى بألفى المقارضين له عبـدين فاشتبها عليه وقعـا له ، وغرم لهما الألفين ، لتفريطه بعدم الأفراد •

مذهب الحنابلة :

جاء فى قواعد ابن رجب [(٢)] : أن القـرعة تسـتعمل فى تمييـز المسـتحق اذا ثبت الاستحقاق ابتـداء لمبهم غير معين عنـد تساوى أهل الاستحقاق •

ويستعمل أيضـا فى تمييز المستحق المعين فى نفس الأمر عند اشتباهه ، والعجـز على الاطلاع عليه •

وسواء فى ذلك الأموال والابضاع فى ظاهر المذهب •

وفى الابضاع قول آخر : أنه لا تؤثر القرعة فى حل المعين منها فى الباطن •

ولا يستعمل فى الحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب •

ويستعمل فى حقوق الاختصاص والولايات وغيرهما ولا تستعمل فى تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداء •

وفى الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميـز اليمين المنسية •

ولو اشتبه [(٣)] عبده بعبد غيره فهـل يصـح بيـع عبـده المشتبه من مال الآخـر قبـل تمييـزه ؟

قال القاضى فى خلافه يحتمل أن لا يصـح العقد حتى يقع التمييز •

وبماذا يقـع ؟ يحتمل أن يقـرع بينهمـا

(١) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ج ٢ ص ٢٩٨ الطبعة السابقة .

(٢) من كتاب القواعد للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٣٤٨ القاعدة ١٦٠. الطبعة الأولى طبع مطبعة الصـدق الخيرية بمصر مكتبة الخانجى بمصر .

(٣) المرجع السابق لابن رجب الحنبلى ج ١ ص ٣٤٩ ، ص ٣٥٠ الطبعة السابقة .

فيعين بالقرعة ، ثم يبيعه لأنه قد اختلط المستحق بغيره .

ويحتمل أن يقف على المراضاة ولو سلمناه فلأن الجهالة هنا بغير فعله فعفى عنها .

قال وأجود ما يقال فيها : أنهما يبيعان العبدين ويقتسمان الثمن على قيمة العبدين ، كما قلنا اذا اختلط زيته بزيت الآخر ، وأحدهما أجود من الآخر ، انهما يبيعان الزيت ، ويقتسمان الثمن على قدر القيمة .

وذكر الشيخ تقى الدين [(١)] أن مقتضى المذهب أنه اذا شهدت البينتان بالعقدين ، أو الاقرارين أو الحكمين ، أن يصدق البينتان به ان علم السابق ، والا كان بمنزلة أن تشهد بينة واحدة بالعقدين ، ولا يعلم السابق منهما ، فهنا اما أن يقرع أو يبطل على صاحب اليد .

قال : قياس المذهب فيما اذا اشتبه أسبق عقدى البيع أن يفسخهما ، الا اذا تعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه ، فانه يقرع ، لأن من أصلنا : أنه اذا اشتبه المالك بغير المالك أو الملك بغير الملك ، فانا نقرع ، فاذا أمكن فسخ العقد ، ورد كل مال الى صاحبه فهو خير من خطر القرعة .

وجاء فى المغنى [(٢)] : أنه ان اشترى زيتا فخلطه بزيت ، أو قمحا فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه ، سقط حق الرجوع ، لأنه لم يجد عين ماله ، فلم يكن له الرجوع ، كما لو تلفت ، ولأن ما يأخذه من غير عين ماله انما يأخذه عوضا عن ماله ، فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ما له .

وجاء فى كشاف القناع [(٣)] : أنه ان اختلط المبيع بكيل ونحوه بغيره ، ولم يتميز لم ينفسخ البيع ، لبقاء عين المبيع ، وهما أى المشترى ومالك ما اختلط به المبيع شريكان فى المختلط بقدر ملكيهما .

وجاء فى الشرح الكبير على المغنى[(٤)] : أنه ليس للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله ، فان فعل ولم يتميز ضمنه ، لأنه أمانة فهو كالوديعة ، فان قال له أعمل برأيك جاز ذلك ، لأنه قد يرى الخلط أصلح له ، فيدخل فى قوله : اعمل برأيك .

وهكذا القول فى المشاركة به ليس له فعلها الا أن يقول له : أعمل برأيك ، فيملكها .

وان مات[(٥)] المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين فى تركته ، لأن الأصل بقاء المال فى يده ، واختلاطه بجملة التركة

---

(١) قواعد ابن رجب ج ١ ص ٣٦٤ ، ص ٣٦٥ الطبعة السابقة .

(٢) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٤ ص ٤٦٣ ويليه الشرح الكبير على متن المقنع طبع مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

(٣) كشاف القناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٨١ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٢ ص ١١٠ الطبعة السابقة .

(٤) الشرح الكبير على المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٥ ص ١٥٤ الطبعة السابقة .

(٥) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج ٥ ص ٧٤ الطبعة السابقة .

ولا سبيل الى معرفة عينة ، فكان دينـــا ، كالوديعة اذا لم يعرف عينها ، وكما اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ، ولأنه لا سبيل الى اسقاط حق رب المـــال ، لأن الأصـــل بقـــاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ، ولا سبيل الى اعطائه عينا من التركة ، لأنه يحتمـــل أن تـــكون غير مال المضـــاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى[١] : أنه ان بيـــع شىء من الغائبات بغير صفة ، ولم يكن ممـــا عـــرفه البـــائع ، لا برؤية ، ولا بصـــفة من يصـــدق ممن رأى ما باعه ولا ممـــا عرفه المشـــترى برؤية أو بصفة من يصدق ، فالبيـــع فاســـد مفســـوخ أبدا ، لا خيـــار فى جـــوازه أصـــلا

ويجوز ابتياع المرء ما وصفه له البـــائع ، ســـواء صـــدقه أو لم يصدقه .

ويجوز بيـــع المرء ما وصفه له المشـــترى صـــدقه ، أو لم يصدقه .

فان وجد المبيع بتلك الصفة فالبيع لازم .

وان وجد بخلافها فالبيـــع باطل ولابد .

ويجوز بيـــع الحب بعـــد اشتداده كمـــا هو فى أكمامه بأكمامه ، وبيـــع الكبش حيـــا ومذبوحا كله لحمه مع جلده ، وبيـــع الشـــاة بمـــا فى ضرعهـــا من اللبن ، وبيـــع النـــوى مع التمر ، لأنه كله ظاهر مرئى .

ولا يحل بيعه دون أكمامه ، لأنه مجهول ، لا يدرى أحد صفته ، ولا بيـــع اللحم دون الجـــلد ، ولا النوى دون التمـــر ، ولا اللبن دون الشاة كذلك .

ولا يخلو بيع كل ذلك قبل ظهوره من أن يكون اخراجه مشترطا على البـــائع ، أو على المشترى ، أو عليهما ، أو على غيرهمـــا ، أو لا على أحـــد .

فان كان مشـــترطا على البـــائع أو على المشترى ، فهـــو بيـــع[٢] بثمن مجهـــول ، واجارة بثمن مجهـــول ، وهـــذا باطل ، لأن البيـــع لا يحل بنص القرآن الا بالتراضى والتراضى بضرورة الحس لا يمكن أن يكون الا بمعلوم لا بمجهول ، فكذلك ان كان مشترطا عليهما أو على غيرهما .

والبرهان على بطلان بيـــع مالم يعـــرف برؤية ولا بصـــفة صحة نهى النبى صـــلى الله عليه وســـلم عن بيـــع الغرر ، وهـــذا عين الغرر ، لأنه لا يدرى ما اشترى أو باع ، وقول الله تعالى « الا أن تكون تجـــارة عن تراض منكم »[٣] ، ولا يمكن أصـــلا وقوع التراضى على ما لا يدرى قدره ولا صفاته .

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٣٤٢ مسألةرقم ١٤١٣ الطبعة السابقة .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٣٤٣ الطبعة السابقة .

(٣) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء .

وبيع العبد الآبق[١] سواء عرف مكانه أو لم يعرف جائز .

وكذلك بيع الجمل الشارد سواء عرف مكانه أو لم يعرف .

وكذلك الشارد من سائر الحيوان ، ومن الطير المنفلت وغيره اذا صح الملك عليه قبل ذلك ، والا فلا يحل بيعه .

وأما كل ما لا يملك أحد بعد ، فانه ليس أحد أولى به من أحد ، فمن باعه فانما باع ما ليس له فيه حق فهو أكل مال بالباطل .

وأما ما عدا ذلك من كل ما ذكرنا فقد صح ملك مالكه له .

وكل ما ملكه المرء فحكمه فيه نافذ بالنص ان شاء وهبه ، وان شاء باعه ، وان شاء أمسكه ، وان مات فهو موروث عنه ، لا خلاف فى أنه ماله وموروث عنه فما الذى حرم بيعه وهبته .

وقد أبطلنا قول من فرق بين الصيد يتوحش وبين الأبل والبقر والغنم والخيل يتوحش .

وكذلك لا فرق بين الصيد من السمك ، ومن الطير ، ومن النحل ، ومن ذوات الأربع ، كل ما ملك من ذلك فهو مال من مال مالكه بلا خلاف من أحد .

ولا يحل بيع شىء من المغيبات [٢] دون ما عليها أصلا ، فلا يحل بيع النوى — أى نوى كان — قبل اخراجه واظهاره دون ما عليه .

ولا بيع المسك دون النافجة قبل اخراجه من النافجة .

ولا بيع البيض دون القشر قبل اخراجه عنه .

ولا بيع حب الجوز واللوز والفستق والصنوبر والبلوط والقسطل والجلوز وكل ذى قشر دون قشره قبل اخراجه من قشره .

ولا بيع العسل دون شمعه قبل اخراجه من شمعه .

ولا لحم شاة مذبوحة دون جلدها قبل سلخها .

ولا بيع زيت دون الزيتون قبل عصره ولا بيع شىء من الأدهان دون ما هو فيه قبل اخراجه منها ولا بيع حب البر دون أكمامه قبل اخراجه منها .

ولا بيع سمن من لبن قبل اخراجه .

ولا بيع لبن قبل حلبه أصلا .

ولا بيع الجزر والبصل والكرات والفجل قبل قلعه ، لا مع الأرض ولا دونها ، لأن كل ذلك بيع غرر لا يدرى مقداره ، ولا صفته ، ولا رآه أحد فيصفه ، وهو أيضا أكل

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٣٨٨ مسألة رقم ١٤٢١ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق ج ٨ ص ٣٩٤ ، ص٣٩٥ مسألة رقم ١٤٢٥ الطبعة السابقة .

مال بالباطل ، قال الله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وبالضرورة يدرى كل أحد أنه لا يمكن البتة وجود الرضى على مجهول ، انما يقع التراضى على ما علم وعرف ، فاذ لا سبيل الى معرفة صفات كل ما ذكرنا ، ولا مقداره ، فلا سبيل الى التراضى به ، واذ لا سبيل الى التراضى ، فلا يحل بيعه ، وهو أكل مال بالباطل •

وأما الجزر والبصل والكرات والفجل فكل ذلك شىء لم يره قط أحد ، ولا تدرى صفته ، فهو بيع غرر ، وأكل مال بالباطل اذا بيع وحده ، وأما بيعه بالأرض معا فليس مما ابتدأ الله تعالى خلقه فى الأرض ، فيكون بعضها ، وانما هو شىء من مال الزارع لها أودعه فى الأرض ، كما لو أودع فيها شيئا من سائر ماله ولا فرق ، فما لم يستحل البذر عن هيئته فبيعه جائز مع الأرض ودونها ، لأنه شىء موصوف معروف القدر ، وقد رآه بائعه أو من وصفه له فبيعه جائز ، لأن التراضى به ممكن ، وأما اذا استحال عن حاله فقد بطل أن يعرف كيف هو وما صفته ، وليس هو من الأرض ، ولكنه شىء مضاف اليها ، فهو مجهول الصفة جملة ، ولا يحل بيع مجهول الصفة بوجه من الوجوه ، لأنه بيع غرر حتى يقلع ويرى •

ولا يحل[1] بيع مخيض لبن قبل أن يمخض ، ولا يحل السمن دون الجبن قبل عصره ، لأنه لا يرى ولا يتميز ، ولا يعرف مقداره ، فقد يخرج المخض والعصير قليلا ، وقد يخرج كثيرا •

ولا يحل بيع تراب[2] الصاغة أصلا بوجه من الوجوه ، لأنه انما يقصد المشترى ما فيه من قطع الفضة والذهب ، وهو مجهول لا يعرف فهو غرر ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر •

ويجوز[3] بيع ما ظهر من المقاتى وان كان صغيرا جدا ، لأنه يؤكل •

ولا يحل بيع ما لم يظهر بعد من المقاتى والياسمين والنور وغير ذلك ، ولا جزة ثانية من الفصيل ، لأن كل ذلك بيع ما لم يخلق ، ولعله لا يخلق ، وان خلق فلا يدرى أحد غير الله تعالى ما كميته ، ولا ما صفاته ، فهو حرام بكل وجه ، وبيع غرر ، وأكل مال بالباطل •

ولا يحل بيع[4] شىء غير معين من جملة مجتمعة لا بعدد ولا بوزن ولا بكيل ، كمن باع رطلا ، أو قفيزا ، أو صاعا ، أو أوقية من هذه الجملة من الثمر ، أو البر ، أو

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٣٩٨ ، ص ٣٩٩ مسألة رقم ١٤٢٦ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق ج ٨ ص ٤٠٤ مسألة رقم ١٤٢٩ الطبعة السابقة .

(٣) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٤٠٧ مسألة رقم ١٤٣٤ الطبعة السابقة .

(٤) المرجع السابق لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٤٢٩ ، ص ٤٣٠ مسألة رقم ١٤٥٨ الطبعة السابقة .

اللحم ، أو الدقيق ، أو كل مكيل فى العالم ، أو موزون كذلك .

وبرهان ذلك قول الله تعــالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجــارة عن تراض منكم »[١] فحــرم الله تعـــالى أخــذ المرء مال غيره بغير تراض منهمـــا ، وســماه باطلا .

وبضرورة الحس[٢] يدرى كل أحـــد أن التراضى لا يمكن البتة الا فى معلوم متميز .

وكيف أن قال البائع : أعطيك من هـــذه الجهة وقال المشترى : بل من هــذه الجهــة كيف العمــل ؟

وبرهان آخر وهو نهى رسول الله صــلى الله عليه وسلم عن بيــع الغرر ، ولا غــرر أكثر من أن لا يدرى البائع أى شىء هو الذى باع ، ولا يدرى المشترى أى شىء اشترى ، وهذا حرام بلا شك .

ولا يجــوز بيع[٣] شىء لا يدرى بائعــه ما هو ، وان دراه المشترى ، ولا ما لا يدرى المشــترى ما هــو ، وان دراه البـــائع ، ولا ما جهــلاه جميعا ، كمن اشترى فصــا لا يدرى أزجاج هو أم ياقوت فوجده ياقوتا، وهكذا فى كل شىء .

وبرهان ذلك ما ذكرنا .

(١) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء .
(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٤٣٠ مسألة رقم ١٤٥٧ الطبعة السابقة .
(٣) المرجع السابق لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٤٣٩ مسألة رقم ١٤٦٢ الطبعة السابقة.

ومن أسلم[٤] فى صنفين ولم يبين مقــدار كل صنف منهما ، فهو باطل مفســوخ ، مثل أن يسلم فى قفيزين من قمح وشــعير ، لأنه لا يدرى كم يكون منهمــا قمحا ، وكم يكون شعيرا ، ولا يجوز القطع بأنهما نصفان ، لأنه لا دليل على ذلك .

ولابد من وصف ما يســلم فيه بصــفاته الضابطة له ، لأنه ان لم يفعل ذلك كان تجارة عن غير تراض اذ لا يدرى المسلم ما يعطيــه المسلم اليه ، ولا يدرى المسلم اليه ما يأخذ منه المسلم ، فهو أكل مال بالباطل والتراضى لا يجوز ولا يمكن الا فى معلوم .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار[٥] : أنه يجوز معاملة الظالم بيعــا وشراء فيمــا لم يظن تحريمــه من مغصــوب أو غيره .

فأما فيما علم أو ظن تحريمه ، فانه لا يجوز بلا أشــكال .

ولا أشكال فى جواز ما علم أو ظن أنه حلال . ولكنه يكره ، لأن فى ذلك ايناســا لهم .

وأما اذا التبس عليه الأمر بعد علمه أن الشــخص الذى يعــامله معه ما هــو حلال وحــرام ، فظــاهر المذهب أنه يجوز .

(٤) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ١١٣ مسألة رقم ١٦١٩ الطبعة السابقة .

(٥) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٣ ص ١٥ ، ص ١٦ الطبعة السابقة .

وقال المــؤيد بالله انه لا يجــوز ، وأن الظاهر مما فى أيدى الظلمة أنه حرام •

وفى الزوائد عن أبى جعفر الناصر وأبى هاشــم وقاضى القضـــاة أنه يجــوز ، بشرط أن يكون الأكثر ممـــا فى أيديهم حلالا •

وفى الزوائد أيضــا عن المؤيد بالله وأبى على والفقهــاء أنه يجــوز بشرط أن يقــول من هو فى يده أنه حلال •

هذا اذا كان اللبس مع شخص واحد •

وأما اذا كان اللبس بين أشــخاص فان التبس من معه الحرام بقــوم غير محصورين جاز بلا اشكال وان كان بين قوم محصورين قال الفقيه على فلعله جائز بالاجماع •

وان اختلط[1] التمر والأغصــان والورق الموجود فى الشجر عنــد العقــد بمــا حدث على تلك الشــجر من غير تلك التى لم تدخل بعــد أن صارت فى ملك المشترى حتى التبست القديمة بالحادثة بعــد العقد قبل القبض •

قال البعض فســـد العقــد بذلك ، لأنه تعذر به تسليم المبيع ، ذكر ذلك أبو مضر •

وقال يحيى هذا ضعيف والصــحيح أنه لا يفســد ، لأن الجهــالة طارئة ، وأيضـــا فان المبيع متميز وانما الجهالة فى أمر حادث •

قال مولانا عليه السلام وهذا هو الصحيح •

أما اذا كان الاختلاط بعــد قبض المبيع ، فانه لا يؤثر فى العقد •

مذهب الأماميــة :

جاء فى الروضة[2] البهية : أنه لو تنــازع المأذونان بعد شراء كل منهمــا صاحبــه فى الأسبق منهما ليبطل بيع المتأخر لبطلان الاذن بزوال الملك ولا بينــة لهمــا ولا لأحدهمــا بالتقــدم ، قيــل : يقــرع ، والقــائل بهــا مطلقا غير معــلوم •

والذى نقــله المصنف وغــيره عن الشيخ القــول بها مع تســاوى الطريقين عمـــلا برواية وردت بذلك •

وقيل بها مع اشتباه السابق أو السبق •

وقيل يمسح الطريق التى سلكهــا كل واحد منهمــا الى مولى الآخر •

ويحــكم بالســبق لمن طريقــه أقرب مع تساويهما فى المشى فان تساويا بطل البيعــان لظهور الاقتران ، هــذا اذا لم يجز المولبان ، ولو أجيــز عقدهمـــا فــلا اشــكال فى صحتهمــا •

ولو تقدم العقد من أحدهما صح خاصــة من غير توقف على اجازة ، الا مع اجـــازة الآخر ، فيصح العقــدان ، ولو كانا وكيلين صــحا معــا •

---

(١) المرجع الســابق لأبى الحسن عبد الله ابن مفتاح ج ٣ ص ١٢٩ الطبعة السابقة .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ١ ص ٣٠٠ ، ص ٣٠١ طبع مطبعة دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٧٩ هـ .

والفــــرق بين الاذن والوكالة أن الاذن ما جعلت تابعــة للملك ، والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقا ، والفــارق بينهما مع اشتراكهما فى مطلق الاذن •

أما تصريح المولى بالخصوصيتين أو دلالة القــرائن عليه ولو تجــرد اللفظ عن القرينة لأحدهمــا فالظــاهر حمله على الاذن لدلالة العرف عليــه •

وأعلم أن القول بالقرعة لا يتم مطلقــا فى صورة الاقتران ، لأنها لاظهــار المشــتبه ، ولا اشتباه حينئذ •

وأولى بالمنــع تخصيصها فى هذه الحالة •
والقول بمسح الطريق مستند الى رواية ليست سليمة الطريق •

والحكم للسابق مع علمه لا اشكال فيه ، كما أن القول بوقوفه مع الاقتران كذلك ، ومع الاشتباه تتجه القــرعة ، ولكن مع اشتباه السابق يستخرج برقعتين لاخراجه ، ومــع اشتباه الســبق والاقتران ينبغى ثلاث رقع ، فى احداها الاقتران ، ليحــكم بالوقوف معه ، هــذا اذا كان شراؤهمــا لمولاهما •

أما لو كان لأنفسهما كما يظهــر من الرواية فان أحلنــا ملك العبــد بطــلا ، وان أجزناه صح الســابق وبطــل المقــارن واللاحق حتما اذ لا يتصــور ملك العبد لسيده •

ويجوز بيــع[(١)] الخضر بعــد انعقــادها وان لم يتناه عظمها لقطــة ولقطــات معينــة أى معــلومة العــدد ، كما يجوز شراء الثمرة الظــاهرة ، وما يتجــدد فى تلك الســـنة وفى غيرها مع ضبط الســنين ، لأن الظــاهر منهــا بمنــزلة الضميمــة الى المعــدوم ســـواء كانت المتجددة من جنس الخــارجة أم من غـــيره •

ويرجع فى اللقطــة الى العــرف فمــا دل على صلاحيته للقطــع يقطــع ، وما دل على عدمه لصغره أو شك فيه لا يدخل •

أما الأول فواضح •

وأما المشكوك فيه فلأصالة بقــائه على ملك مالكه وعدم دخوله فيمــا أخرج باللقط •

فلو امتزجت الثانية بالأولى لتأخير المشترى قطعهــا فى أوانه ، تخير المشترى بين الفسخ والشركة للتعيب بالشركة ، ولتعذر تســـليم المبيــع منفــردا •

فان اختــار الشركة فطـــريق التخــلص بالصــلح •

ولو اختار الامضــاء فهل للبائع الفســخ لعيب الشركة ؟ نظــر أقربه ذلك اذا لم يكن تأخر القطــع بسببه ، بأن يكون قــد منــع المشترى منه وحينئذ أى حين اذ يكون الخيــار للبــائع لو كان الاختلاط بتفريط المشــترى مع تمكين البــائع كما لو حصل مجمــوع التلف من قبــله •

ولو قيل بأن الاختلاط أن كان قبــل القبض تخير المشترى مطلقا ، لحصول النقض مضمونا

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ١ ص ٣٠٤ الطبعة السابقة .

على البـــائع كما يضمن الجملة كذلك ، وان كان بعده فلا خيار لأحدهما ، لاستقرار البيع بالقبض وبراءة البـــائع من دركه بعــــده كان قـــويا •

وهـــذا القول لم يذكر فى الدروس غيره جازما به ، وهو حسن أن لم يكن الاختـــلاط قبل القبض بتفريط المشـــترى ، والا فعـــدم الخيار له أحسن ، لأن العيب من جهته ، فلا يكون مضمونا على البائع •

وحيث ثبت الخيار للمشترى بوجه لا يسقط ببذل البائع له ما شاء ، ولا الجميع على الأقوى ، لأصالة بقاء الخيار ، وانانتفت العلة الموجبة له ، كما لو بذل للمغبون التفاوت ولما فى قبول المسموح به من المنة •

وحلية السيف[1] والمركب يعتبر فيها العلم أن أريد بيع الحلية بجنسها ، والمراد بيع الحلية والمحلى لكن لما كان الغرض التخلص من الربا والصرف خص الحلية ويعتبر مـــع بيعهـــا بجنسها زيادة الثمن عليها ، لتكون الزيادة فى مقابلة السيف والمركب ان ضمهما اليها •

فان تعذر العلم كفى الظن الغالب بزيادة الثمن عليها •

والأجـــود اعتبار القطع وفـــاقا للدروس وظاهر الأكثر •

فان تعذر بيعت بغير جنسها •

بل يجوز بيعها بغير الجنس مطلقا ، ولو باعه بنصف دينار فشق أى نصف كامل مشاع لأن النصف حقيقـــة فى ذلك الا أن يـــراد نصف صحيح عرفا ، بأن يكون هناك نصف مضروب ، بحيث ينصرف الاطلاق اليه أو نطقا بأن يصرح بارادة الصحيح ، وان لم يكن الاطلاق محمولا عليه فينصرف اليه •

وعلى الأول فلو باعه بنصف دينار آخـــر • تخير بين أن يعطيه شقى دينارين ، ويصير شريكا فيهما وبين أن يعطيه دينارا كاملا عنهما

وعلى الثانى لا يجب قبول الكامل ، وكذلك القول فى نصف درهم وأجزائهما غير النصف

وحكم تراب الذهب والفضة عند الصياغة بفتح الصاد وتشديد الياء جمع صائغ ـــحكم تراب المعدن ، فى جـــواز بيعه مع اجتماعهما بهما وبغيرهما وبأحدهما مع العلم بزيادة الثمن عن مجانسة ومع الانفراد بغير جنسه •

ويجب على الصائغ الصدقة به مع جهـــل أربابه بكل وجه •

ولو علمهم فى محصورين وجب التخلص منهم ولو بالصلح مع جهل حق كل واحد بخصوصه

وتخير مع الجهل بين الصدقة بعينه وقيمته

والأقرب الضمان لو ظهروا ولم يرضـــوا بالصـــدقة ، لعموم الأدلة الدالة على ضمان ما أخذت اليد •

خرجمنه ما اذا رضوا أو استمر الاشتباه فيبقى الباقى •

---

(1) المرجع السابق للجبعى العاملى ج ١ ص ٣٠٩ ، ص ٣١٠ وهامشه الطبعة السابقة .

ووجه العــدم اذن الشــارع له فى الصدقة فــلا يتعقب الضمان •

ومصرف هــذه الصدقة الفقراء والمســاكين ويلحق بها ما شابههــا من الصنائع الموجبــة لتخلف أثر المال ، كالحدادة ، والطحن والخياطة والخبازة •

ولو كان بعضهم معلوما وجب الخروج من حقه •

وعلى هــذا يجب التخلص من كل غريم يعلمه ، وذلك يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد ، فلو أخر حتى صار مجهولا أثم بالتأخير، ولزمه حكم ما سبق ــ ظاهره أن مناط الاثم التأخير الى أن يصير مجهــول المــالك ، أو يصير حق المالك مجهــولا ، بأن صــار مخلوطا بحق غيره •

فلو أخره مع حفظ المــالك والحق لا يحصل هنا اشتباه بأحد الوجهين ، لا يكون اثما ولا يخفى أن مناط الاثم انما هــو خلط مــال المــالك بغيره لا التأخير المذكــور ، كتأخير الــوديعة مع عدم طلب صاحبها الى أن يؤدى الى الجهل، فلا اثم حينئذ •

ولعل وجــه الاثم بالتأخير كــون تــراب الصيــاغة أمانة شرعية فيجب ردها فورا والا اثم •

وجاء فى الروضة البهية[1] : ولا تضر عقد التبن والزوان بضــم الزاى وكسرها وبالهمز

وعدمه اليسير فى أحد العوضين دون الآخر ، أو زيادة عنه لأن ذلك لا يقــدح فى اطــلاق المثلية والمساواة قدرا ، ولو خرجــا عن المعتاد ضرا ، ومثلهمــا يسير التراب وغيره ممــا لا ينفك الصنف عنه غــالبا ، كالدردى فى الدبس والزيت •

ويتخلص منه أى من الربا اذا أريد بيــع أحــد المتجانسين بالآخر متفاضــلا بالضميمة الى الناقص منهما أو الضــميمة اليهمــا مع اشتباه الحال فيكون الضميمة فى مقابل الزيادة

وجاء فى مفتاح الكرامة[2] : أنه لو أخذ مائة من رجل ، ومثلها من آخــر ، واشترى بكل مائة عبدا ، واختلطا اصطلحا ، أو أقرع •

أما اذا اصــطلحا وتراضــــيا فلا بحث كمــا فى جامع المقاصــد •

وان تشــاحا أقرع ، لأن كل أمر مشــــكل فيــه القرعة •

وفى المبســـوط والمهــذب والتــذكرة والتحــرير أنهمــا يباعان ، ويدفع الى كــل واحد منهمــا نصــف الثمن ، فان كان هنــاك فضــل أخذ كل منهمــا رأس ماله ، واقتسمــا الربح على الشرط •

وقال فى المبســـوط أنه المنصــــوص لأصــحابنا •

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ١ ص ٣٢٠ الطبعة السابقة .

(٢) من كتاب مفتــاح الكرامة شرح قواعد العــلامة للسيد محمد بن محمد بن الحسينى العاملى المجاور بالنجف الأشرف الغردى ج ٧ ص ٤٨٥ ، ص ٤٨٦ طبع مطبعة القاهرة المعزية بالمطبعة الرضوية سنة ١٣٢٤ هـ بمصر .

وقال فان كان فيـه خسران فالضـمان على العـامل ، لأنه فرط فى الخـلط ، ومعناه كمـا هو صريح التـذكرة والتحـرير : أنه لو كان الخسران لانخفـاض السـوق لم يضمن ، لأنه يزيد على الغـاصب ، ثم أنه قوى فى المبسـوط القرعة .

ورده فى المهـذب بأنه منصـوص فـلا وجه للقرعة .

ولعلهما أشـارا الى خـبر اسـحاق بن عمـار الآتى :

وفى المختلف أن كـلا من القـولين جائز ، لأن النص ورد فى الثـوبين ولم يذكـر فيـه المضاربة ، بل الابضاع .

وفى طريق الرواية قول والقـول بالقرعة ليس بعيـدا من الصـواب .

ومن الصـحاح وظاهر كـلام الـكتب المـذكورة عدا المهـذب والتـذكرة أنهمـا مخـيران بين بيعهمـا منفردين ، أو مجتمعين ان أمكن كل منهما ، وان الربح يقسـم عليهمـا . وان بيعـا منفـردين وكان الربح فى أحدهمـا ، وان ذلك على سـبيل القهـر ان تعاسر ، الا أن تقـول أن مرادهم فى الكتب الأربعة أنهما يباعان معا قهرا ، كما فى كل مـال ممتزج غير متميز ، كمـا نبـه عليـه فى المهـذب والتذكـرة ، حيث استدلا على ذلك فيهمـا بالخبـر ، لأنه لو اشـترى لرجلـين ثوبين واشتبها أنهمـا يباعان معـا منفـردين ، فان تسـاويا فى الثمن فلـكل مثـل صـاحبه ، وان تفـاوتا فالأقـل لصـاحبه ، ومعنـاه أنهمـا يباعان مجتمعين حيث لا يمـكن الانفـراد ، لعـدم الراغب ، والحال أنهما تعاسرا ، أى لم يخبر أحدهمـا صاحبـه ، صـار كالمـال المشـترك شركة اجبـارية ، كمـا لو امتـزج الطعـامان فيقسم الثمن على رأس المـال ، وعليه تنزل الرواية .

وان أمـكن بيعهمـا منفـردين وجب .

فان تسـاويا فلـكل واحـد ثمـن ثـوب .

وان اختلفـا فالأكثر لصاحب الأكثـر ، والأقل لصـاحب الأقل ، بنـاء على الغـالب من عـدم الغبن ، وان أمـكن خـلافه الا أنه نادر لا أثر له شرعا .

وقد روى اسـحاق بن عمـار عن الصادق عليـه السـلام أنه قال فى الرجـل يبضـعه الرجل ثـلاثين درهمـا فى ثوب ، وآخـر عشرين فى ثـوب فبعث الثـوبين ، فـلم يعـرف هـذا ثـوبه ، وهـذا ثوبه ، قال : يبـاع الثـوبان ، ويعطى صـاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن ، والآخر خمسى الثمن .

فان قلت : فان قال : صـاحب العشرين لصـاحب الثـلاثين اختـر أيهمـا شئت ، قال : قد أنصـفه ، وقد عمـل به الأصحاب فى باب الصـلح على أن ذلك قهرى .

وقال جمـاعة أنه لا يتعـدى بهـا الى غـير مـوردها من الثيـاب المتعـددة والأثمان والأمتعـة .

واحتمـــــل آخـــــرون التعـدية لاتحاد الطــريق •

ومما يشبه مسألة الثوبين ما لو أودعه رجل درهمين وآخــر درهمـــا وامتزجا لا بتفريط وتلف أحدهمـــا •

مذهب الاباضـــية :

جاء فى شرح النيل(١) : أنه ان اســتحق مجهول كمشتر أكثر من فــدان واحــد ، فاســتحق منـــه ، أى من ذلك الأكثــر ، أو من المشترى فــدان واحــد لا بعينـــه ، بحيث لا يعــلم بعــد ذلك بعينـــه ، وكــذا ان باع له جنــة فاســتحقت فيهــا نخـلة لا تعــرف ما هى ؟ أهــــذه أم هــذه ، وما أشــبه ذلك فســخ البيــع كله ، ســواء كان الشريك أبا ، أو نحــوه ، أم غــيرهما ، معلوما أو مجهــولا •

وجاء فى شرح النيل : انه لا يجوز لأحــد أن يشــترى حراما •

ومن دخــل ســوقا فيـــه حــرام وحلال ، وخاف العقــوبة ان ســأل عن الحــرام ، فلا بأس مالم يعــلم أنه اشــترى حــراما ، أو أخبــره ثقـــة •

ومن رأى شــبه ما يعــرفه حــراما ولو بيــد قريب من كان ذلك الحــرام بيــده ، كزوجـــة جاز له شراؤه مالم يتيقن •

والمنــدوب أن يتنزه عن مشــكوك فيه ، ويدع ما يريبـــه •

ومن بيـــده حـــلال وحــرام جازت معاملتـــه ، والأكــل عنــده حتى يعـــلم بحــرام •

وقيـــل يحــكم على الأغلب حتى يعــلم خــلافه •

وقيـــل يصدق فيمـــا قال انه حلال •

وقد قال الربيــع وجمــاعة أن المـــال اما حــلال واما حــرام وهو ظاهــر قــول جــابر •

والجمهــور على اثبــات قســم ثــالث وهو الريبـــة ، حمــلا للاحاديث الواردة فى الريبـــة والشــبهة على ظاهرها من العمــوم فى المال وغيره وهــو أولى •

ومن بيــده حــرام غصــبه أو سرقه أو دخــل يــده وقد علمــه حراما ولا يعــرف ربه بأن التبس عليــه الحــال ، نــدب له بيعـــه ان تاب ، والا فلا يصــدق أنه نــدب له أن يبيعه ويأكل ثمنـــه بل يجب عليـــه أن يتــوب •

وينــدب له البيــع أيضــا فيمـــا لا يعرف فيـــه من المواضــع أنه حرام ، ليشــترى منـــه ، ولئـــلا يساء به الظن ، ولئلا يصيبه ضر عليــه وانفــــاق ثمنـــه على الفقــراء قصــدا لصــاحبه •

(١) من كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد ابن يوسف أطفيش ج ٤ ص ٣١٠ ، ص ٣١١ طبع مطبعة يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ •

ومن راب[١] مبيعـــا قبـــل شرائه فاشتراه فحكمه حـــكم الحـــرام على المشـــهور •

وقيل : لا

ومن رابه بعـــد شرائه هـــل يمســـكه ولا يبـــال ، لأنه لم يدخـــل على ارتيـــاب ، ولمـــا ثبت فى يـــده لم يخـــرج منـــه الا بحرمة متيقنـــة أو يبيعه ويمسك قـــدر الثمن الذى أعطى ، وينفق البـــاقى على الفقـــراء ؟

قـــال البرادى وهـــو الأقيس ، لأنه قـــد علم بالريبـــة فـــلا يكون ، كأن لم يعلمهـــا ، ولو لم يعلمهـــا الا بعـــد الشراء ، وان كان ثمنـــا أبـــد له بثمـــن آخـــر أو مثمن أيضـــا وأمســـك قدر الثمـــن الذى أعطى فقط ، وان بقـــدر ما اشـــترى أو أقل فـــلا عليـــه •

أو يبيعـــه وينتفـــع بالثمن كله ؟

قال البـــرادى رحمـــه الله وهـــو المعتمـــد عليـــه عنـــد مشـــايخنا أن ثمـــن الشىء مثله، ولعـــله أراد بالانتفـــاع ما دون الأكـــل لأن أكل أشـــياء المريب يفسد القلب كالأعضـــاء ، أقـــوال •

وجاء فى شرح النيـــل[٢] : أنه لا يشـــك فى الحـــلال ، الا ان دخـــلت عليـــه معـــان توجب الشـــك فيـــه ، كمبـــادلة من صاحب المالين خلطـــا أعطـــاك ماله وأخـــذ مالك خطأ، أو من جـــانب فقـــط ، لـــكن تنـــاولا ولـــم يـــدر أحدهمـــا أن ما أخـــذ من الآخـــر هو مال الآخـــر ، أو غلط بأن أخـــذ أحدهمـــا مال الآخر بـــلا مبـــادلة خطـــأ ، أو اخـــراج ملك فنسى ذلك ، وهـــذا النسـيان فى حيـــز الشـــك ، كأنه قال مثـــلا هل خـــرج من ملـــكى بوجه كذا أو بوجه ما ، فنسيه •

والمبـــادلة أن يأخـــذ مال غـــيره ويتـــرك ماله بـــلا باب من أبـــواب البيـــع ، كمـــا اذا اجتمـــع ماله ومال غـــيره ، فأخـــذ مال غيره يظنه ماله فهـــذا غلط •

والفرق بين الغلط والمبادلة •

ان المبـــادلة أن تأخـــذ مال غـــيرك المجتمع مـــع مال غـــيرك تظنـــه مالك •

والغلـــط أن تأخـــذ مال غـــيرك تظنـــه لك بدون أن يجتمـــع مـــع مالك •

وأما البـــدل بالبيـــع ففى المعـــوض لك الزكاة بحسب ما هو من الزمـــان أو بحســـب الزمـــان من حـــين المبـــادلة •

وأيضـــا قـــد يبـــدل الثمـــار مع شجرهن أو الثمـــار وحدهن بعـــد الادراك فتلزمـــه الزكـــاة أيضـــا فيما أخـــرج من ملـــكه ، ومراده أنه لا يعصى بالشـــك ان دخلـــت عليـــه تلك المعـــانى •

وأما الحقـــوق فلا تســـقط عنـــه بالشك •

وكذلك الحقوق ان أعطى فيها شيئا معلوما،

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل لاطفيش ج ٤ ص ٣١٤ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لمحمد بن يوسف اطفيش ج ١٠ ص ٦٤ ، ص ٦٥ وما بعـــدها الطبعة السابقة .

كدراهم مخصــوصة ، أو شــاة كذلك ، أو ثمــارا كذلك معينــة مخصوصــة على حــد اعطائهــا فى زكــاة أو دين ، أو نحــو ذلك ، فشــك اله ذلك الشيء الذى أعطى فى الحقوق فيجــزئه أم لا ، فلا يجــزئه فى الحقــوق ، لأنــه ملــك لغــيره .

فان كــان هــو القــاعد فيــه حــكما بشرط أن لا يربيــه عــذر أجــزاه اعطــاؤه ايــاه فى الحقــوق ولو كــان عنــد اللــه حــراما بوجه ما أو ملــك لغــيره لمعــونة أنه بحيث يكون هــو القــاعد فيـــه والا فلا يجــزئه اذا شــك اعطــاؤه فى الحقــوق الا أن يعيــد الاعطــاء فيعطــى غــير ذلك الشيء ، لأنه أعطى ما لم يــكن قـــاعدا فيـــه .

واذا أعــاد فان كان الشيء المعطــى أولا ملــكا له فى الوصــف عنــد اللــه أو فــى نفس الأمــر ، ولا ســيما ان لم يــكن له فى الوصــف ســقط عنــه الفــرض ، وكــان اعطــاؤه ثانيــا نفــلا ملتحقــا بالفــرض فى الثــواب .

وهــكذا عنــدى كــل اعــادة لفـــرض تصــحيحا لــه لشك فيــه يعظــم ثــوابه ان شــاء اللــه والا يــكن له فقــد أدى الفــرض بالاعطــاء الثــانى .

ومــن أرســل[1] مــع أحــد فصــاعدا ديــونا ، أو حقــوقا ، أو ديــونا وحقــوقا مفترقة الى واحــد كقرض وثمــن مبيــع ، وكأثمـــان مبيعــــات ، وكقــرض وأرش وثمــن مبيــع ، أو أرســـل رجـــلان لواحــد ماله عليهمــا ، أو رجــال لواحــد ماله عليهــم ، أو رجــل لرجال ، أو رجــلان أو رجــال لاثنين ، أو واحــد لهما فاختلــط للرســول قبل الوصــول ، أو تشــاكل عليه مــن يدفــع له أو من أرســله ، رد الــكل علــى الأول ، وهــو الــذى أرســله .

والمــراد الجنس فشــمل ما اذا أرســله واحــد ، أو ما فــوق ذلك اذا لم يتشــاكل عليــه من أرســله ، وتشــاكل عليه من يدفع لــه أو اختلــط فى يــده ، وكان من واحــد الى متعدد ، أو كــان متعــددا الى واحــد من واحــد ، أو من متعــدد ، أو يمســكه حتى يتيقن مــن يدفعــه لــه ، فيدفعــه اذا التبــس عليــه من يدفعــه لــه ، أو يتيقن من أرســله بــه اذا التبــس عليــه ، فيدفعــه بعــد تيقنــه الــى من أرســل اليــه ، أو يتيــقن مــن أرســله بعـــد التباســه والتبــاس من يدفــع له فــيرده الى مرســله اذا تبــين ، ولــم يتبين مــن يــدفع اليـــه .

واذا كــان لمتعــدد فخلــط بــلا فعــل

---

(١) من كتــاب شرح النيل وشــفاء العليل لمحمد بن يوسف اطفيش ج ٤ ص ٥٠١ ، ص ٥٠٢ طبع مطبعة يوسف البــارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

منه ولا تضييع رده الى المتعدد ، فيتفقون فيه على ما يتفقون •

وان كان بفعله أو تضييعه ضمنه لهم وأخذه لنفسه •

هذا والمراد بالاختلاط الاختلاط المحسوس فى الخارج ، كاختلاط شعير بشعير ، أو بر ببر ، أو شعير ببر ونحو ذلك ، ودراهم بدراهم ، أو دنانير بدنانير ، أو ريالات بريالات ، ونحو ذلك مما لا يتميز •

والاختلاط المعقول مثل أن لا يدرى هذا الحب من هذا ، أو من هذا أو الى هذا ، أو الى هذا أو هذه الريالات من ذلك ، أو من ذلك أو الى ذلك أو الى ذاك ، أو هذه الأدوار من هذا ، أو الريالات من ذلك ، وبالعكس ، ونحو ذلك مع عدم اختلاط الذوات ، بل هى متميزة •

ثم قال ورخص فى دفع متفق اختلط أن أرسل لواحد من واحد أو متعدد ، سواء اختلط الاختلاط المحسوس أو المعقول ، أو اختلط مرسله فلا يدرى من أرسل هذا ، أو هذا ، لأن المقصود ذلك الواحد ، وقد وصله

وجوز الدفع للواحد أيضا وان كان فى مختلف اختلط هو من متعدد أو من واحد أو تشاكل مرسله لأن المقصود ذلك الواحد ، وقد وصله •

وجوز بعضهم الدفع أيضا لمتعدد ان اختلط واتفق ، أو تشاكل ممن هذا أو ممن ذاك ، كما يدل له ما فى الأثر أن بعض المشايخ أعطاه ناس أموالا فخلطها فاشترى بها حبا وأنفقه على الفقراء كما أراد أصحابها

الاشتباه فى الرهن

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع(١) : أن من شروط صحة القبض فى الرهن أن يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون •

فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لأن قبض المرهون وحده غير ممكن ، والمتصل به غير مرهون ، فأشبه رهن المشاع •

وعلى هذا الأصل يخرج ما اذا رهن الأرض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الأرض ، أو الشجر بدون الثمر ، أو الثمر بدون الشجر أنه لا يجوز ، سواء سلم المرهون بتخلية الكل أولا ، لأن المرهون متصل بما ليس رهنا ، وهذا يمنع صحة القبض •

ولو جذ الثمر وحصد الزرع وسلم

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ١٤٠ ، ص ١٤١ الطبعة السابقة .

منفصلا جاز ، لأن المانع من النفاذ قد زال .

ولو جمع بينهما فى عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز .

وان فرق الصفقة بأن رهن الزرع ثم الأرض أو الأرض ، ثم الزرع ، ينظر .

ان جمع بينهما فى التسليم جاز الرهن فيهما جميعا .

وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر ، بخلاف الفصل الأول ، لأن المانع فى الفصلين مختلف ، فالمانع من صحة القبض فى هذا الفصل هو الاتصال ، وهو لا يختلف، والمانع من صحة القبض فى الفصل الأول هو الشغل ، وهو يختلف .

وذلك كما اذا رهن نصف داره مشاعا من رجل ، ولم يسلم اليه حتى رهنه النصف الباقى ، وسلم الكل فانه يجوز .

ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقى وسلم ، فانه لا يجوز كذا هذا .

وعلى هذا اذا رهن صوفا على ظهر غنم بدون الغنم ، فانه لا يجوز ، لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون ، وهذا يمنع صحة القبض .

ولو جزه وسلمه جاز ، لأن المانع قد زال .

وعلى هذا أيضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل ، فانه لا يجوز .

ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغة جاز ، لما قلنا .

بخلاف ما اذا رهن ما فى بطن جاريته ، أو ما فى بطن غنمه ، أو ما فى ضرعها ، أو رهن سمنا فى لبن ، أو دهنا فى سمسم ، أو زيتا فى زيتون ، أو دقيقا فى حنطة فانه يبطل ، وان سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض ، لأن العقد هناك لم ينعقد أصلا ، لعدم المحل ، لكونه مضافا الى معدوم ، أما هنا فالعقد منعقد موقوف نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتمييز فاذا وجد فقد زال المانع .

وجاء فى تبيين الحقائق للزيلعى[١] : أنه اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك المرهون ، بأن قال كل من الراهن والمرتهن : لا أدرى كم كان قيمته ، فيكون مضمونا بما فيه من الدين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « اذا عمى الرهن فهو بما فيه .

وجاء فى الفتاوى الهندية[٢] : أنه

---

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ج ٦ ص ٦٤ الطبعة السابقة .

(٢) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكرية وبهامشه فتاوى قاضيخان للاوزجندى ج ٥ ص ٤٣٦ الطبعة الثالثة طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٥ هـ .

لو رهن شاتين بثلاثين احداهما بعشرة والأخرى بعشرين ، ولم يبين أيهما لم يجز الرهن ، لأنه بسبب الجهالة تقع المنازعة بين الراهن والمرتهن ، عند الهلاك فانه اذا هلكت احادهما لا يدرى ماذا سقط من الدين بازائها •

ولو بين وهلكت احداهما سقط الدين بقدرها كذا فى محيط السرخسى •

مذهب المالكية :

جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير[1] : أن الرهن اذا كان مما لا يغاب عليه وادعى المرتهن تلفه وكذبه العدول صريحا ، بأن قالوا : أنه باعها ونحوه ، أو ضمنا ، بأن قال جيرانه أو المصاحبون له فى السفر لا نعلم موتها فانه يضمنها •

أما لو صدقه العدول كما لو قالوا : ان هذا الرجل كانت معه دابة وماتت ، فأشكل عليهم الأمر ، وقالوا : لا ندرى هل هى دابة الرهن أو غيرها فانه لا يضمن •

وأولى اذا قالوا أنها دابة الرهن ، لكن فى الأولى لابد من حلفه أنها هى دون الثانية •

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٥٥ الطبعة السابقة .

وكونهم عدول أنه لو كذبه غيرهم لم يضمن لتطرق التهمة بكتمهم الشهادة له بموتها •

واذا هلك[2] الرهن أو ضاع عند المرتهن وجهل الراهن والمرتهن صفته وقيمته ، بأن قال كل منهما لا أعلم قيمته الآن ، ولا صفته ، فانه لا شيء لواحد منهما قبل الآخر ، لأن كلا لا يدرى هل يفضل له شيء عند صاحبه أم لا •

وهل لابد من ايمانهما لتجاهل المتبايعين الثمن أو لا •

قال الشيخ سالم السنهورى : لم أر فيه نصا ، والظاهر أنه مثله كما قاله شيخنا •

هذا اذا جهل الراهن والمرتهن •

أما اذا جهله أحدهما وعلمه الآخر حلف العالم على ما ادعى فان نكل فالرهن بما فيه فيكون فى مقابلة الدين الذى رهن فيه •

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب[3] : ان فى رهن الثمرة قبل بدو الصلاح قولين •

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ٢٦٠ الطبعة السابقة .

(٣) المهذب لأبى اسحاق الفيروزابادى الشيرازى ج ١ ص ٣٠٩ الطبعة السابقة .

أحدهمـا لا يصــح ، لأنه عقــد لا يصح فيمـا لا يقــدر على تسليمه ، فلم يجـــز فى الثمــرة قبـل بدو الصــلاح من غــير شرط القطــع كالبيــع •

والثــانى أنه يصــح ، لأنه ان كان بدين حــال فمقتضـــاه أن تؤخــذ فتباع فيــأمن أن تهـلك بالعــاهة ، وان كــان بمؤجــل فتلــفت الثمــرة لم يســقط دينــه وانمــا تبطل وثيقتــه والغــرر فى بطــلان الوثيقــة مع بقــاء الدين قليــل ، فجــاز البيــع ، فان العــادة فيــه أن يترك الى أوان الجذاذ، فلا يأمن أن يهلـك بعــاهة فيذهب الثــمن ، ولا يحصــل المبيــع فيعظــم الضرر فلــم يجــز من غــير شرط القطــع •

وان كــان له أصــول تحمــل فى الســنة مــرة بعــد أخــرى كالتين والقثــاء فرهــن الحمــل الظــاهر ، فان كان بدين يســتحق فيــه بيــع الرهـــن قبــل أن يحـــدث الحمــل الثــانى ، ويختــلط به ، جــاز لأنه يأمن الغــرر بالاختــلاط •

وان كــان بدين لا يســتحق البيــع فيــه الا بعــد حــدوث الحمــل الثانى واختلاطه بــه ، نظـــرت •

فــان شرط أنــه اذا خيــف الاختــلاط قطعــه جــاز ، لأنــه منــع الغــرر بشرط القطـــــع •

وان لم يشــترط القطــع ففيــه قولان •

أحـــدهما أن العقــد باطــل ، لأنـــه يختلــط بالمرهـــون غــيره فلا يمكن امضاء العقــد على مقتضـــــاه •

والثــانى انه صــحيح لأنــه يمكن الفصل عنــد الاختــلاط بأن يســمح الراهن بترك ثمــرته للمرتهــن ، أو ينــظر كــم كــان المرهــون فيحلف عليــه ويأخــذ ما زاد ، فاذا أمــكن امضــاء العقــد لم يحـــكم ببطـــلانه •

مــذهب الحنـــابلة :

جـــاء فى المغنى(١) : أنــه لــو رهن ثمــرة شــجر يحمــل فى الســنة حملــين لا يتميز أحــدهما من الآخــر فرهن الثمرة الأولى الى محـــل تحــدث الثانيــة على وجــه لا يتميــز ، فالرهن باطــل ، لأنــه مجهــول حــين حلول الحــق ، فلا يمــكن اســتيفاء الدين منــه فلم يصــح ، كمــا لو كــان مجهـــولا حــين العقــد ، وكمــا لو رهنـــه ايــاها بعــد اشتباهها •

فــان شرط قطـــع الأولى اذا خيـــف اختلاطهــا بالثانيـــة صــح ، فــان كــان الحمــل المرهــون بحــق حـــال ، وكانت الثمـــرة الثانيــة تتميــز من الأولى اذا حــدثت ، فالرهــن صحيحــ ، فان وقــع التــوانى فى قطــع الأولى حتى اختلــطت

---

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى ومعه الشرح الكبــير على متن المقنع للامــام شمس الدين أبى الفرج بن قدامة المقدسى ج ٤ ص ٣٨٤ ، ص ٣٨٥ الطبعة الأولى طبع مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

بالثانيــة وتعــذر التمييــز ، لــم يبطــل الرهــن ، لأنــه وقــع صــحيحا ، وقــد اختلــــط بغــيره علــى وجــه لا يمــكن فصــله .

فعــلى هــذا ان ســمح الراهن بــكون الثمــــرة رهنــا أو اتفقــا علــى قــــدر المرهــون منهمــا فحسن ، وان اختلفـــا فالقـــول قـــول الراهــن مــع يميــنه فى قــدر الرهــن لأنــه منــكر للقــدر الزائد والقــول قـــول المنــكر .

مــذهب الظــاهرية :

جــــاء فى المحـــلى[1] ان رهــن المرء حصــته من مشــاع ممــا ينقســـم أولا ينقســـم عنــد الشريك فيــه وعنــد غــيره جــائز لأن اللــه تعــالى قال : (فرهــان مقبوضـــة) ولم يخــص تعــالى مشــاعا مــن مقســوم (ومــا كان ربك نســيا)[2] .

مــذهب الزيديــة :

جــاء فى البحـــر الزخــار[3] : أنه اذا تلف الرهــن أو تعيب فى يــد المرتهــن لــم يلــزم ابداله الا حيث يـــكون مشروطــا فى الديــن .

والقـــول للمرتهــن فى تقــديم العيب اذ يريـــد الراهــن تضـــمينه والأصـــل البـــراءة .

كذا لو اختلفــا فى قــدر الأرش مـــع بقـــاء الرهـــن .

وأمــا مــع تلفــه فالقـــول للراهــن ويحمل على أنــه التبس بقــاء الدين وقيمة المرهون بعــد التلف ليوافق الأصــول والا فالقــول للمرتهــن .

مــذهب الاماميـــة :

جــاء فى شرائــع الاســـلام[4] : أنه اذا رهــن النخــل لم يدخــل الثمــرة وان لــم تؤبــر ، وكــذا ان رهــن الأرض لــم يدخــل الــزرع ولا الشــجر ولا النخــل ولو قــال بحقوقهـــا أدخــل فهــو فيــه تردد ما لــم يصرح ، وكــذا ما ينبــت فى الأرض بعــد رهنهــا ســواء أنبتــه الله ســبحانه وتعــالى أو الراهــن أو الأجنبى اذا لــم يــكن الغرس من الشــجر المرهون.

وهــل يجبــر الراهــن علــى ازالتــه .

قيــل : لا .

وقيــل : نعــم ، وهــو الأشــبه .

ولو رهــن لقطــة ممــا يلقط كالخيــار ، فــان كــان الحــق يحــل قبــل تجـــدد الثانيــة صــح .

وان كــان متأخــرا تأخــرا يلــزم منــه

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٨٨ مسألة رقم ١٢١٠ الطبعة السابقة .

(٢) الآية رقم ٦٤ سورة مريم .

(٣) البحر الزخار ج ٤ ص ١٢٥

(٤) شرائع الاســلام فى الفقه الاســلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ١ ص١٩٧ طبع مطابع دار مكتبة الحياة ببيروت سنة ١٢٩٥ هـ .

اختــلاط الرهــن بحيث لا يتميـــز قيــل يبــــطل •

والوجــه أنــــه لا يبطـــل •

وكــــذا البحث فى رهــن الخـرطة ممـا يخــــرط والجــزة مما يجــز •

وجــاء فى مفتـــاح الــكرامة[1] : أنه لو رهــن ممـا يمتــــزج بغيره كلقطـــة مــن الباذنجــان صــح ، ان كــان الحــق يحــل قبل تجــدد الثانيــة أو بعــدها ، وان لــم يتميــز علــى رأى لا أشـــكال ، ولا بحث فى الجــواز حيث لا يحصــل الاشتباه ، كمـا فى جامـع المقاصـد والمســالك لوجود المقتضى ، وعــدم المــانع •

أمــا مــع الاشـتباه وعــدم التمييــز ففى المبســوط والتــذكرة فى موضــع منهـا أنــه لا يصــح الرهــن ، لتعذر الاســتيفاء بسـبب عــدم التمييــز ، ولأنــه لا يصح بيعــه عنــد الأجــل لجهـله فــلا يصــح رهنـــه ويــرد علــى الأول أنــه يمكــن الاســتيفاء بالصــلح ، علـى أن حصــوله غـــير مقطــوع به ، لامــكان التخلــف ، وان الراهــن قــد يســمح برهــن الجميع ، أو يتفقــان علــى قــدر الرهــن •

فان لم يحصــل ذلك كلــه ، كان القــول قــول الراهــن مــع اليمــين •

ويــرد على الثــانى أن المعتبــر اجتماع الشرائــط وقــت الرهــن وهــى حاصــلة وصــحة البيــع لو سلمت شرطيتها فالمعتبر ، منهــا ما كــان عنــد انشــاء الراهن ، لأنه وقت اعتبــار الشرائط وهــى حاصــلة أيضا وأطبــق المتــأخرون ممن تعــرض للفــرع علــى الصــحة وممــا صرح بهــا الشرائع والتحــرير والارشـــاد والايضــاح والدروس وغايــة المــرام وجامــع المقاصد والمســالك ومجمــــع البرهــان فيــكونان شريـــكين •

أمــا الصــحة فلمــا عرفت من كــونه عينــا مملوكة صــالحة للبيــع وأخــذ الدين منهــا من غــير مــانع كســائر الأمــوال ، ووجــه الشركــة وجــود موجبهــا وهــو المــزج مــع عــدم التمييــز فحـكمه حكم ســائر المشــتركات ، وكذلك هــذا اذا وقع المزج وعــدم التمييــز بعــد القبــض •

وأما لو وقــع قبــل القبــض فالأقــرب الفســخ والبطـــلان كما نبــه عليــه فى الــدروس •

وقال فى المبســـوط اذا اشــترطا قطعــه اذا حــدث البطــن الثــانى صــح الرهن •

مــذهب الاباضــية :

جــاء فى شرح النيــــل[2] : أنــه يجوز

(١) من كتاب مفتــاح الكرامة شرح قواعد العلامة للحسينى العاملى ج ٥ ص ١٩٠ ، ص ١٩١ الطبعة السابقة .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل ج ٥ ص ٤٤٥ الطبعة السابقة .

الرهن فى الدين الواجب كله ما أحل وما لم يحل ، اذا كان معلوما .

وأما الدين المجهول فلا يجوز فيه الرهن .

ومنهم من يقول جائز فيما كان مجهولا ، وسواء كان الدين من قبل التعدى أو من قبل المعاملة ، وسواء الدين من الصامت أو غيره من جميع الأموال .

واذا كان (١) لرجل على رجل ديون شتى فرهن له رهنا فى أحدهما ولم يعينه أو قال له رهنته فيما شئت منها فلا يجوز وان قصد الى أحدها فرهنه له فيه أو رهنه فيها جميعا جاز ويكون على عددها تفاضلت أو تساوت اتفقت أجناسها أو اختلفت .

ولا يصح رهن(٢) ما بذمة كشياه السلم وشياه الدية قبل القبض ، لأنه ولو تعين الذى كان الشىء فى ذمته تعينت كميته ، لكن لم تتعين ذاته ، لأن من عليه مائة دينار أيما مائة دينار أعطاها كانت خلاصا له .

والحق الذى يعقد(٣) الرهن بسببه هو المال المضمون معينا أو لازما فى ذمة كأثمان المبيعات وكالزكاة ، فانه يجوز للامام أو نائبه ونحوهما قبل الرهن فيها لا فى الخراج كما فى المنهاج وعناء الاجارات وأرش الجنايات والصدقات وضمان الأموال والتبعات بتعيين لكمية الصداق والأرش وغيرهما ، فلو لم يتعين لم يحكم بالرهن فيه ، مثل أن يرهن له فى الأرش قبل أن يفرض له الحاكم ما هو وكم هو ومثل أن يكون ثمن المبيع أو واحد مما ذكر بعده كله معلوما ، ثم نسى ، أو تولى عقد ذلك غير مالكه ، فلم يعلم مالكه كم هو أو ما هو ، فلا يصح فى الحكم أن يرهن فيه ، وأما فيما بينهما وبين الله تعالى اذا تراضيا على الرهن فيه على أن يبيع الرهن اذا علم ذلك أو يبيعه ويحفظ ثمنه حتى يعلم ، فيجوز ذلك .

وان ارتهن شيئا(٤) فى حق غير معلوم لا فى معلوم مما يرد لقيمة على أن يبيعه ويقبض ثمنه قبل أن يعرف ماله على الراهن بقيمة عدول ، لأنه لا يكتفى بعدلين فى التقويم ، وأجيز الاكتفاء بهما وأجيز بواحد قضى منه حقه أو على أن يقبضه رهنا ، فاذا عرف ماله على الراهن بتقويم العدول على حد ما مر باعه وقضى من ثمنه جاز على امضاء بعد الجواز لما فعلاه قبل

---

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف اطفيش ج ٥ ص ٤٥٣ الطبعة السابقة .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ج ٥ ص ٤٤٦ الطبة السابقة .

(٣) المرجع السابق لمحمد بن يوسف أطفيش ص ٤٦٦ الطبعة السابقة .

(٤) شرح النيل وشفاء العليل ج ٥ ص ٤٦٧ الطبعة السابقة .

الجـــواز ، وذلك اذا رضـــيا به ، وان تحاكما لم يحـــكم الحـــاكم بـــــه •

وان رهن[١] أكثر من فـــدان واحـــد أى ما زاد علـــى الواحـــد ، وكـــذا الأشـــياء غـــير الفـــدان كالجمـــال والنخـــل والدور فاســـتحق واحـــد لا بعينـــه سواء استحقه المرتهـــن أو غـــــيره انفســـــخ الرهـــــن للالتبـــاس ، بأن يلتبس فـــدان من آخـــر ، ولو كـــان لا يتبـــين بعـــد لمـــوت الشـــهود مثـــــلا أو يـــــكون الفـــــدان بالأذرع لا بالتشخيص •

وان قال[٢] الراهن عنـــــد موتـــه هـــذا العـــرض عنـــدى رهـــن فى كـــــذا ولـــم يســـم ربـــه فـــلا يبيعـــه وارثـــــه ، ولا يســـتوفى منـــه حقـــه ، بل يحفظـــه الورثة ويبحثـــون عن صـــاحبه ويوصـــون وصـــيا بعـــد وصى •

وقيـــل : اذا أيســـوا باعـــوه وتصـــدقوا بثمنـــه علـــى الفقـــراء ، واذا تبـــين خيروه بـــين الأجـــر والضـــمان له ، الا أن قـــال هـــذا رهـــن عنـــدى فى كـــذا ولم يســـم ربـــه ، ووجـــدوا بيـــانا على أنه رهـــن عنـــده فى ذلك وأنـــه لفـــلان فانهم يبيعونه ومـــا بقى حفظـــوه لصـــاحبه ، واذا أبـــوا أوصـــوا اليـــه بـــه أو تصـــدقوا به عـــلى حـــد ما ذكـــرت ، وان وجـــدوا بيـــانا أنه رهن عنـــده فى كـــذا ، ولم يتبين صاحبـــه ، فلا يبيعـــوه ، ويســـتوفوا بل يحفظـــــونه ويوصـــون به ، أو يبيعـــونه ويتصـــدقون بــــه •

وقيـــل : يبيعـــونه ويســـــتوفون ، وان بقـــى شىء حفظـــوه وأوصـــــوا بـــه أو تصـــــدقوا بـــــه •

وان جهـــل المرتهـــن صـــــاحب الرهـــــن فـــــلا يبيعـــــه •

وقيـــل يبيعـــــه وذلـــك مذكـــور عـــن الديـــــوان •

وفى الديـــوان أيضـــا أن نسى صـــــاحب الرهـــن فانـــه يبيـــع الرهـــن ويقضى مـــن ثمنـــــه رأس مـــاله ، فـــان فضـــــل شىء فليمســـكه حتى يجىء صـــاحبه ، فاذ أيس منــــــه فينفقـــه •

وكذلك ان مـــات الراهـــن أو فقـــــد أو زال عقلـــه أو غـــاب فانـــه يبيـــع فى هـــذه الوجـــوه كلهـــا •

وان تشـــاكل عليـــه الرهـــن مـــع غيره فلا يبيعـــــه أيضـــــا •

وان رهـــن شـــيئين من رجـــل واحـــــد فى ديـــون شـــتى فتشـــاكل عليـــه ما رهـــن له فى كـــل ديـــن فلا يبيعـــه حتـــى يتبـــين لـــــه •

وان كـــان الرهـــن فى الدنانـــــير أو فى الدراهـــم أو فى كـــل ما يـــوزن أو يـــكال ،

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٥ ص ٥١١ ، ص ٥١٢ طبع مطبعة يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ •
(٢) شرح النيل وشفاء العليل ج ٥ ص ٥٩١ ، ٥٩٢ ، ٥٩٣

فنتشاكل عليه جملة ما رهن فيه ، أو تشاكل عليه جنس الذى رهن فيه ، فانه يبيعه ويمسك الثمن حتى يتبين له .

وان اتفق المرتهن[1] والراهن على الدين ، فقال أحدهما : لم نعين أحدا من هذين الشيئين فى الرهن ، وقال له صاحبه : قد بيناه وهو هذا — أو تشاكل على فمن ادعى أنه قد تبين فهو المدعى ، وان قال أحدهما انما وقع الرهن فى التسمية من هذا الشىء ، وقال الآخر فى الشىء كله ، فان كان الشىء مما لا يجوز رهن التسمية ، فالقول قول م ن ادعى رهن الكل ، وان كان مما يجوز فيه فالمدعى من قال انه رهن كله .

وان كان الشىء المرتهن فى يد رجلين فادعى كل واحد منهما أنه رهن عنده من ذلك الرجل دون صاحبه ، فلا يكون أحدهما أقعد فيه للآخر ، فان نسباه الى رجل فادعى كل أنه رهن عنده من ذلك الرجل ، فان القول قول ذلك الرجل من أثبته له فله ، الا أن يبين الآخر ، وان جحدهما فعليهما البينة ، فان أتيا بها فهو رهن لهما ، وان أتى بها واحد فهو أولى به ، وان صدقهما فهو لهما .

وان قال : رهنته لواحد منهما ولم أدره ، أو تشاكل على ، فليس فى ذلك شىء .

وان نسبه كل منهما الى رجل فالرجلان أقعد فيه ، وترجع الخصومة بين المرتهن والرجلين للذين نسباه اليهما .

وان قال رهنته لواحد منهما ، ولم أدر من هو أو رهنته لهما جميعا ، فأراد أخذه بعد ذلك لم يجده .

وكذا ان قال : لم أدر أرهنته أم لا ، وان قال لم أرهن لهما شيئا لم يجد أخذه أيضا حتى تنقضى دعوتهما .

وكذا ان قال رهنته لرجل ولا أدرى ذلك الرجل منكما أو من غيركما أو رهنته لرجلين لا أدرى أنكما هما أو غيركما .

وان قال : رهنته لرجل آخر غيركما ولا شهادة لهما حلفاه وأخذ شيئه .

وتجوز[2] الشهادة فى الرهن وغيره على الأصول كلها وكل ما اتصل بها سواء كان نباتا أو غيره ، واذا قلع وكان مما يشتبه كالبصل ، والكرات ، والرمان ، واللوز ، والتين ، والعنب ، والفول ، وما أشبه ذلك

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ج ٥ ص ٦١٩ و ص ٦٢٠ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لأطفيش ج ٥ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ الطبعة السابقة .

من القطانى وغيرها ، والتبن ، والنخالة ، والدقيق ، والعجين ، والخبز المتردد والليف والخوص والشجر ، وفى نوى التمر وورق الشجر والريحان والحناء اذا تواروا عن ذلك ، فلا تجوز عليه .

قال : ومالا يشتبه تجوز عليه ، كالكرنب ، والباذنجان ، والفجل ، والقصب ، والجريد ، والغصون اذا كان معينا مقصودا اليه .

واذا قرن بالتعيين ما يشتبه عليه جازت عليه الشهادة مثل أن يقال رأيناه قلع هذا البصل من الأرض الفلانية أو أخذه من يد فلان ولم يغب عنا الى هذه الساعة ، وان توارى الشهود عنه لم يجز عليه ، وان شهدوا أخبرهم الحاكم أنهم لا يشهدون على ما توارى عنهم ، وان شهدوا فليجوزهم الحاكم .

وقيل : لا تقبل شهادتهم اذا علم أنهم تواروا وتجوز على عود الزان والخشب والمنوال وأبواب البيوت اذا عرفوا ذلك ولو تواروا عنه .

ولا تجوز الشهادة على مالا يعرف بعينه اذا غاب .

وتجوز الشهادة على الحيوان اذا حضر وان غاب فلا الا أن تبين بالوصف وأحاطوا بعلمه وتجوز على ما ذبح منها مالم يفارق الرأس الجسد ، واذا فارقه جازت على الرأس لا الجسد .

الاشتباه فى الوديعة

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[1] : أنه اذا خلط المودع الوديعة بماله خلطا لا يتميز ، فانه يضمن الوديعة ، لأنه اذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة ، فكان الخلط منه اتلافا ، فيضمن ويصير ملكا بالضمان ، وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع أسوة بالغرماء فيه .

ولو اختلطت الوديعة بماله من غير صنعة لا يضمن وهو شريك لصاحبها .

أما عدم وجوب الضمان فلانعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته .

وأما كونه شريكا لصاحبها ، فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين .

ولو أودعه رجلان كل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالين خلطا لا يتميز ، فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ، ويضمن المودع لكل واحد منهما ألفا ، ويكون المخلوط له ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى .

(١) كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ٢١٣ الطبعة السابقة .

وقـــال أبـــو يوسف ومحمــد رحمهمــا الله تعـــالى : همـــا بالخيـــار ، ان شاءا اقتسما المخلوط نصـــفين ، وان شــــاءا ضمنا المودع ألفين .

وعـــلى هـــذا ســـائر المكيـــلات والموزونـــات اذا خلطـــا الجنـــس بالجنس خلطـــا لا يتميـــز ، كالحنطـــة بالحنطـــــة ، والشـــعير بالشـــعير ، والدهـــن بالدهـــن .

ووجـــه قولهمـــا أن الوديعـــة قائمـــــة بعينهـــا ، لـــكن عجـــز المالك عن الوصـــول اليهــــا بعـــارض الخـــــلط فان شـــــاءا اقتســـــما لاعتبـــار جهـــة القيـــام ، وان شاءا ضمنا لاعتبار جهة العجز .

ووجـــه قـــول أبى حنيفـــة رحمه اللـــه تعـــالى أنه لمـــا خلطهمـــا خلطـــا لا يتميز ، فقـــد عجـــــز كـــل واحـــد منهمـــا عـــن الانتفـــــاع بالمخلوط فـــكان الخلـــط منـــه اتلاف الوديعـــة على كل واحـــد منهمـــا ، فيضـــمن ، ولهـــذا يثبت اختيـــار التضـــمين عندهمـــا ، واختيـــار التضـــمين لا يثبـــت الا بوجـــود الاتـــلاف دل أن الخلـــط منـــه وقـــع اتـــلافا .

ولـــو أودعـــه رجـــل حنطـــة وآخـــــر شـــعيرا فخلـــطهما ، فهـــو ضـــامن لـــكل واحـــد .منهمـــا مثـــــل حقـــه عنـــــد أبى حنيفـــــة رحمـــه الله تعـــالى ، لأن الخلـــط اتـــــلاف .

وعندهمـــا لهمـــــا أن يأخـــــذا العـــين ويبيعاهـــا ، ويقتســـما الثمـــن علـــى قيمة الحنطـــة مخلوطـــا بالشـــعير ، وعلـــى قيمة الشـــعير غـــير مخلوط بالحنطـــة ، لأن قيمة الحنطـــة تنقـــص بخلـــــط الشـــعير وهـــو يســـتحق الثـــمن ، لقيـــام الحـــق فى العين وهـــو مســـتحق العين ، بخـــلاف قيمـــــة الشـــــعير ، لأن قيمة الشـــعير تزداد بالخلط وتلـــك الزيـــادة ملك الغـــير فلا يســـتحقها صـــاحب الشـــعير .

مـــذهب المـــالكية :

جـــاء فى الشرح الكبـــير وحاشـــــية[1] الدســـوقى عليه : أن المـــودع يضـــمن اذا خلـــط الوديعـــة بغيرها وترتبـــت فى ذمتـــه بمجـــرد خلطهـــا بغيرها ، وان لم يحصـــل فيهـــا تلـــف اذا تعـــذر التمييـــز أو تعسر ، بأن التبـــس عليه الحـــال كمـــا لو كانـــت الوديعـــة ســـمنا ، وخلطهـــا بدهن أو زيت أو عســـل ، حيث يتعـــذر التمييـــز بـــين المخـــلوطين ، وكمـــا لو كانت فولا فخلطهـــا بشـــعير حيث يتعسر التمييـــز .

أما اذا كانت الوديعـــة قمحـــا ثم خلطـــه بمثله جنســـا وصـــفة فلا يضـــمن .

وكـــذا اذا كانت دراهم فخلطهـــا بدنانير لتيسر التمييز ، هـــذا اذا كان الخـــلط لأجل الحفظ والرفـــق ، والا ضـــمن ، لأنه يمـــكن

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه وبهامشه الشرح الكبير وتقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٤٢٠ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

اذا أبقى كـلا على حـدته أن يضـيع أحدهما دون الآخـر •

ثم ان تلف بعضـه بعـد الخلط للاحـراز فبينهمـا على حسب الأنصـباء •

فاذا تلف واحـد من ثـلاثة لأحدهمـا واحد ولصاحبـه اثنـان ، فعـلى صـاحب الواحـد ثلثـه ، وعلى صـاحب الاثنين ثلثـاه ، الا أن يتميـز التـالف ، كمـا فى الدنانـير والدراهـم ، فالتـالف من ربـه خاصـة ، وذلك بأن يعـرف أنه لشـخص معـين منهمـا فمصـيبته من ربه خاصـة •

قال شـيخنا العـدوى يؤخـذ من هـذا أن المركب اذا وسـقت بطعـام لجمـاعة غير شركاء وأخذ ظالم منه شيئا •

فان كان الطعـام مخلوطا بعضـه على بعض ، ولم يتميـز أحدهمـا من الآخـر ، فما أخـذ مصـيبته من الجميـع ، يقسـم بينهم على حسب أموالهـم •

وأما اذا كان غـير مختـلط بعضـه ببعض ، بـل كان طعـام كل واحـد متميزا على حـدة فمـا أخـذ مصـيبته من ربـه وأما ما جعـل ظلمـا على المـركب بتمامهـا فيـوزع على جميـع ما فيهـا سـواء كان هنـاك اختـلاط أم لا كالمجعـول على القـافلة •

وجـاء فى[1] فى التاج والاكليل للحطاب :

أن اللخـمى قال : ان كان عنـد رجـل وديعتـان قمح وشـعير ، فخلطهمـا ضمن لـكل واحـد منهمـا مثـل ما خلط له فان اختـارا رفـع العـداء عنـه ، وان يأخـذاه مخلوطـا ، ويـكونان شريكين فيه جـاز ذلك عند ابن القاسـم وأشـهب خـلافا لسـحنون •

وقال ابن القاسم : وتكون شركتهمـا على قيمـة القمح معيبـا والشـعير غـير معيب ، ولا يجـوز أن يقتسـماه على ذلك ، وانمـا يقتسـمان الثمن •

والذى لابن رشـد سـواء خلطهمـا عداء أو غـير عـداء ، قال : والذى يوجبـه الحـكم أن يقتسـماه بينهمـا مخـلوطا على قيمـة القمـح والشـعير يـوم الخـلط ، ويقـوم القمـح غير معيب •

خـلاف قـول سـحنون : أن القمـح يقـوم معيبـا والشـعير غـير معيب ، وقوله يبـاع ويقتسـمان الثمن اسـتحسان ، اذ لا مانـع يمنـع من اقتسـام الطعـام بعينـه على القيـم ، ولو لم يجـز اقتسامه بعينـه على القيـم ، لمـا جاز اقتسـام ثمنه على ذلك ، لأنه انما يباع على ملكهمـا فانمـا هـو يأخـذ ثمن ما كان أخـذه له ، ولا يجـوز لهمـا أن يقتسـماه على الكيـل واختـلاط الزرع ، قال ابن حبيب : انهـم يقتسـمونه على حسب الزريعـة •

وذكـر من رسـم حلف من سـماع عيسى ان كل واحـد يحـلف ما بـذر ويقتسـمون الطعـام على عـدد ذلك •

(١) كتـاب مواهب الجليـل لشرح مختصر أبو الضياء خليل للحطاب وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل بن عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواق ج ٥ ص ٢٥٣ طبع مطبعـة السعادة بمصر سنة ١٣٢٩ هـ الطبعة الأولى .

قال ابن رشد وهذا كما قال ومعنى هذا عندى بعد أن يتراجعوا بما لبعضهم على بعض من فضل فى العمل .

وقال ابن أبى زيد فى قسمة الشعير والزيتون عند الخلط أن يتقارر أرباب ذلك بينهم على شىء معلوم فهو كذلك .

وان تجاهلوا والتبس عليهم الحال فليس لهم الا الاصطلاح .

وكذلك ما اختلط على يد اللصوص من الزرع والأطعمة .

وكذا ما وقع فى الرواية فى السفن اذا اختلط فيها الطعام .

وفى طرر ابن عات اذا اختلط الكتان فى الوادى لسيل أو غيره ولم يعرف كل واحد ما له تحلل أصحابه فى ذلك .

وكذا الطعام المستهلك ان أخذ مالا يشك أنه أقل من طعامه جاز مع ما تقدم لابن حبيب من قسمة الزرع المخلوط على حسب الزريعة ، مع ما تقدم لابن رشد من تخفيف اقتسام الطعام المخلوط بالقيمة ، ولو خلط عداء ، وهل يكون ذلك كله مسوغا للذين يخلطون ألبانهم أن يأخذ الانسان من الجبن القدر الذى لا يشك فى أن يخرج له من لبن غنمه لو أفردها ، وقد بسطت فى سنن المهتدين أن اقدام المرء على شىء بتأويل ليس كمن أقدم عليه مجاهرا ومن أكل حراما يعتقد أنه حلال أثيب على قصده ولا يعاقب على فعله ولا يظلم به قلبه ومن أقدم على حلال صرف يعتقد شبهته قسا قلبه به وأظلم .

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب[1] : ان الشخص ان أودع دراهم فخلطها بمثلها من ماله ضمن ، لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره ، فان خلطها بدراهم لصاحب الدراهم ففيه وجهان .

أحدهما لا يضمن لأن الجميع له .

والثانى أنه يضمن وهو الأظهر ، لأنه لم يرض أن يكون أحدهما مختلطا بالآخر .

وان أودعه دراهم فى كيس مشدود فحله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه ، لأنه هتك الحرز من غير عذر .

وان أودعه دراهم فى غير وعاء فأخذ منهما درهما ضمن الدرهم ، لأنه تعدى فيه ، ولا يضمن الباقى لأنه لم يتعد فيه .

فان رد الدرهم ، فان كان متميزا بعلامة لم يضمن غيره ، وان لم يتميز

---

(١) المهذب للامام ابى اسحاق ابراهيم ابن على بن يوسف الفيروزابادى الشيرازى وبهامشه النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب ج ١ ص ٣٦١ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٢٧٩ هـ .

بعــلامة فقــد قال الربيــع يضــمن الجميع ، لأنه خــلط المضـــمون بغــيره فضــــمن الجميـــع •

والمنصــوص أنــه لا يضــمن الجميــع ، لأن المـالك رضى أن يختلط هــذا الدرهــم بالدراهــم فلم يضــمن ، فان أنفــق الدرهم ورد بدله ، فان كان متميــزا عن الدراهــم لم يضــمن الدراهــم ، ولأنهــا باقيــة كما كانت ، وان كان غــير متميز ضــمن الجميــع لأنـــه خــلط الوديعــة بمــالا يتميــز عنها فضــمن الجميع •

مذهب الحنـــابلة :

جـــاء فى كشــاف القنـــاع[1] : ان المســـتودع ان خــلط الوديعــــة بمــالا تتميــز منــه كزيت بزيت ، أو شـــيرج ودراهــم بدراهــم ولو كان التعــدى بشىء ممــا ســبق فى احــدى عينــين مودعتين ، وكان فعــل ما تقــدم بغــير اذن المـــالك بطــلت الوديعــة ، وضــمن المســتودع ، لأنـــه صــيرها فى حــكم التــالف ، وفوت على نفســه ردها أشــبه ما لو ألقـــاها فى بحــر ، وســواء خلطهــا بمــاله أو مــال غيره ، وســواء خلطهــا بمثلهــا أو دونهــا أو أجــود •

وفى الــرعاية اذا خــلط احــدى وديعتى زيــد بالأخــرى بــلا اذن وتعــذر التمييــز فوجهــان •

ولا تعــود وديعــة بعــد التعــدى فيها بشىء ممــا ســبق الا بعقــد وديعــة جديد لبطــلان الاستئمان بالعدوان •

وحيث بطــلت الوديعــة وجب الرد فورا ، لأن يــده صــارت عادية كالغاصب •

وان خلط الوديعـــة غــير المســتودع بمــالا تتميــز منــه فالضــمان على الخالط دون المســتودع ، لوجــود العــدوان من الخــالط •

ومتى جــدد المســتودع استئمانا برىء ، فان تلفت بعــد لم يضــمن ، لأنه لم يتعــد فى الاســتئمان الذى تلفت فيــه ، والأول قد زال أو ابراه المــالك من الضــمان بتعــديه برىء المســتودع فــلا يضــمنها أن تلفت بعــد ، لأنه ممســكها باذن ربهــا وزال حكم التعــدى بالبراءة ولا يضــمن المســتودع بمجــرد نيــة التعــدى فى الوديعة اذا تلفت الوديعــة بلا تعــد ولا تفريط بخــلاف الملتقط نوى التمــلك ، والفــرق أن الايــداع عقد والنيــة ضــعيفة فيــه فلا يزيــله بخــلاف الالتقـــاط •

أما ان اختلط مودع غــير متميــز كبــر ببــر أو دقيــق بدقيــق بغــير تفــريط منه فلا ضــمان ، فان ضــاع البعض جعــل من مــال المــودع فى ظــاهر كــلام أحمد ، ذكر المجــد فى شرحه •

---

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٤٠١ ، ص ٤٠٢ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٨١ الطبعة السابقة .

وان أخذ المستودع درهما ثم رد بدله غير متميز ، وضاعت الوديعة ، فيضمن الجميع لخلطه الوديعة بمالا يتميز منه ، كما لم يدر أيهما ضاع بأن ضاع درهم مثلا ، ولم يدر أهو المردود أو غيره من الوديعة فيضمنه ، لأن الأصل عدم براءته[1] .

وان سلم المستودع الوديعة الى من يظنه صاحبها فتبين خطؤه ضمنها ، لأنه فوتها على ربها .

وان ادعى الوديعة اثنان وقال المودع هى لأحدهما ، ولا أعرف عينه ، فان صدقاه أو سكتا عن تصديقه وتكذيبه ، فلا يمين عليه اذ لا اختلاف ، ويقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة سلمت اليه بيمينه ، وان كذباه بأن قالا : بل تعرف أينا صاحبها حلف لهما يمينا واحدة انه لا يعلم عينه ، وكذا ان كذبه أحدهما وحده ، ويقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف أنها له ، لاحتمال عدمه ، وأخذها بمقتضى القرعة .

فان نكل المودع عن اليمين أنه لا يعلم صاحبها حكم عليه بالنكول ، وألزم تعيين صاحبها ، فان أبى التعيين أجبر على القيمة ان كانت متقومة وعلى المثل ان كانت مثلية فتؤخذ القيمة أو المثل والعين فيقترعان عليهما أو يتفقان عليهما .

قال فى التلخيص وكذلك اذا قال أعلم المستحق ولا أحلف ، ثم ان قامت بينة بالعين لآخذ القيمة سلمت اليه العين للبينة وتقدمها على القرعة ، وردت القيمة الى المودع ، ولا شىء للقارع على المودع ، لأنه لم يفوت عليه شيئا بل المفوت البينة .

مذهب الظاهرية :

اذا[2] ادعى المودع شيئا ينقل به الوديعة عن ملك المودع الى ملك غيره ، فانه ينظر ، فان كانت الوديعة لا تعرف للمودع الا بقول المودع ، بأن كانت مختلطة بغيرها ، ولم تميز ، فالقول قول المودع مع يمينه فى كل ما ذكر له من أمره اياه ببيعها أو الصدقة بها أو بهبتها ، أو أنه وهبها له وسائر الوجوه ، ولا فرق ، لأنه لم يقر له بشىء فى ماله ، ولا بشىء فى ذمته ، ولا بدين ، ولا بتعد ، ولا قامت له عليه بينه بحق ، ولا بتعد ، وماله محرم على غيره .

وأما ان كانت الوديعة معروفة العين للمودع ببينة أو بعلم الحاكم ، فان

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٤٠٤ ، ص ٤٠٥ ، ص ٤٠٦ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٣ ص ٣٨٤ ، ص ٣٨٥ الطبعة السابقة .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ٢٧٧ ، ص ٢٧٨ مسألة رقم ١٣٩٢ طبع ادارة الطباعة المنيرية سنة ١٣٥٠ هـ .

المـودع مـدع نقـل ملك المودع عنهـا ، فـلا يصـدق الا ببينـة ، وقد أقر حينئـذ فى مال غـيره بمـا قد منـع الله تعـالى منه اذ يقـول : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » فهـو ضـامن .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهـار[1] وهامشـه : ان المـالك ان عـين للتصـدق بالوديعـة وقتا ، نحـو قـوله : ان لم أعـد اليـك فى وقت كـذا فتصـدق بهـا على الفقـراء ، فـلم يعـد فى ذلك الوقت ، جـاز له أن يتصـدق بهـا ، مالم يتيقن موتـه .

فان ثبت أن المـودع كان ميتـا فى ذلك الوقت لـزم الوديـع للورثـة ضـمانها .

وان التبس فـلا ضـمان ، لأن الأصـل الحيـاة وبراءة الذمـة .

وان أتى بلفظ يشـمل التوكيـل والايصاء كقوله : تصـدق بهـا حيـا كنت أو ميتـا ، فـلا ضـمان ان تصـدق بهـا قبـل الموت ، وقبـل المـرض المخـوف ، أو التبس هـل تصـدق قبـله أو بعـده ، أو تيقن أنهـا بعـده ، وهى تنفـذ من الثـلث أو أكثـر ، وأجـاز الورثـة ، والا ضـمن الزيادة على الثـلث ان عـلم ، أو قصر فى البحث ، لا ان جهـل ، لأن الموصى غـار لـه .

واذا أودع رجـلان[2] عنـد رجـل وديعتـين فتـلفت احداهمـا ، فادعى كل واحـد من الرجـلين أن الباقيـة وديعتـه ، والتبس على الوديـع من هى لـه .

وكـذا اذا التبس عليـه أى الرجـلين أودعـه اسـتحقها من قامت بينتـه منهمـا فى الصورتين جميعا .

ثم اذا لم يـكن لهمـا بينـة كانت لمن حـلف منهمـا على أنهـا له ، ثم نصـفان حيث بينـا جميعـا ، أو حلفـا جميعـا ، قال على : أو نـكلا جميعـا ولا يمـين لهمـا على الوديعـة ، الا أن يدعى عليـه أنه اسـتهلكه عليـه بدعـوى اللبس كان لـه تحليفـه على ذلك .

مذهب الامامية :

جاء فى شرائع الاسـلام[3] : ان المـودع ان كان غاصـبا مزج ما غصـبه بمـاله ، ثم أودع الجميـع ، فان أمـكن المسـتودع تمييـز المالـين رد عليـه ماله ، ومنـع الآخـر ، وان لم يمـكن تمييزهمـا وجب اعادتهمـا على الغاصب .

---

(١) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح وهامشه ج ٣ ص ٥١٥ طبع مطبعة حجازى بمصر سنة ١٣٥٧هـ

(٢) المرجع السابق لأبى الحسن عبد الله ابن مفتـاح ج ٣ ص ٥١٦ ، ص ٥١٧ الطبعة السابقة .

(٣) شرائع الاسـلام فى الفقـه الاسـلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ١ ص ٢٢٨ الطبعة السـابقة .

وجـــاء فى الروضـــــة البهيـــة (١) : ان المســـتودع اذا مـــزج الوديعـــة بمـــاله أو بمـــال غيره ، بحيث لا يتميز ، ســـــواء مزجهـــا بأجـــــود ، أم بأدون ، بـــل لو مزج احدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معا ، وان كانا لواحــــــد .

ومثـــله لو خلطهـــا بمـــال لمالكهـــــا غير مودع عنـــده للتعـــدى فى الجميـــع .

ولـــيرد الوديعـــة حيث يؤمـــر به أو يريده هـــو الى المالك أو وكيله المتنـــاول وكالتـــه مثـــل ذلك مخـــيرا فيهمـــــا ، فان تعـــــذر المالك أو وكيـــله ، فالحاكم الشرعى عنـــــد الضرورة الى ردها لا بدونه ، لأن الحـــاكم لا ولايـــة لـــه على من له وكيـــل والمـــدعى بمنزلتـــه .

وجـــاء فى مفتـــاح الـــكرامة(٢) : أنه لو اســـــتودع من اثنـــين ثـــلاثة ، ثم تلف واحـــد من غـــير تفـــريط واشـــتبه ، بخلاف ممتـــزج الأجـــزاء ، أى وكـــذا الحـــكم لو اســـتودع انســـان من رجـــل دينـــــارين مثـــلا ، ومن آخـــر دينارا ، ثم امتـــزجا اما بغـــير تفـــريط منـــه أو باذن المالـــكين ، ثم تلـــف واحـــد بغـــير تفـــريط ، فانا ندفـــع الى صـــاحب الدينـــارين دينـــارا ، لأن الآخر معتـــرف له به ، والدينـــار الآخـــر يقســـــم بينهمـــا نصـــفين ، وهـــذا هـــو المشـــهور كمـــــا فى الدروس والتنقيـــح وايضـــــاح المنـــافع والمســـالك والروضـــة والكفـــــاية والرياض .

وفى جامـــع المقاصـــد نســـبته الى الأكثر تارة والى الأصحاب أخرى .

وقد نسب الى الأصـــــحاب فى الـــدروس والمســـالك والروضـــة ، ولم أجـــد فيـــــه خـــلافا الا من المصـــــنف فى التحـــرير ، فانه قال : الأولى عنـــدى قســـمة التـــالف على رأس المالين فيعطى صـــاحب الدينـــارين دينـــارا وثلثـــا ، وصـــاحب الدينـــار ثلثـــا دينـــار .

وقـــد مال الشـــهيدان والمحقق الثـــــانى الى القرعة ، لأنهـــا مقتضى القواعد ، لكنهـــم لم يجسروا على المخالفة .

ودليـــل المشـــهور خبر الســـــكونى عن الصـــادق عليه الســـلام عن آبائه عليهـــم الســـــلام فى رجـــل اســـــتودع رجـــــلا دينـــارين ، واســـتودعه آخر دينـــارا منهما ، فقـــال : يعطى صـــاحب الدينـــارين دينارا ، يقتســـمان الدينار البـــاقى بينهمـــا نصفين ، والشـــهرة المعـــلومة والمســـتفيض نقلهـــــا تجبـــر ما هنـــالك من ضـــعف .

وقـــد قال الشـــهيد الثـــانى وصـــاحب الرياض يشـــكل هنـــا مع ضعف الســـــند أن التـــالف غـــير محتمـــل كونه لهمـــــا بل من أحدهمـــا خاصـــة ، لامتنـــاع الاشـــاعة

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ١ ص ٣٨٧ طبع مطبعة دار الكتاب العربى بمصر بسنة ١٣٧٩ هـ .

(٢) من كتاب مفتاح الـكرامة شرح قواعد العلامة للحسينى العاملى ج ٥ ص ٤٩٧ ، ص ٤٩٨ الطبعة السابقة .

هنـــا ، فكيف يقســـم الدرهـــم بينهمـــا مع انه مختص بأحدهمـــا قطعـــا .

وقالا : ان القـــول فى اليمين كمـــا مر من عـــدم تعـــرض الأصـــحاب له .

وقال فى الدروس ان الأصـــحاب لـــم يذكـــروا يمينـــا هنـــا وفى التى قبلهـــا ، وذكروهمـــا فى باب الصـــلح فجاز أن يكون الصـــلح قهـــريا ، وجـــاز أن يـــكون ذلك اختيـــاريا ، فان امتنعا فاليمين .

وفى جامـــع المقاصـــد : أن ظـــاهر الرواية وكـــلام الأصـــحاب أن ذلك قهـــرى ، وأنـــه بغـــير يميـــن ، بـــل ربمـــا امتنعت اليمـــين اذا صرح كـــل واحـــد بعـــدم العـــلم بعين حقـــه .

قلت : لعـــل ما ذكـــره الأصـــحاب انمـــا هـــو عنـــد التخاصـــم والتـــداعى ، كمـــا فى المســـألة الأولى ، فالحـــكم فيهـــا حينئـــذ ســـواء ، فيجىء أنه لا بـــد من اليمـــين ، وتصـــح قســـمة الدرهـــم بينهمـــا ، لأنهمـــا اتفقـــا على أن أحدهمـــا بعينـــه لصـــاحب الاثنـــين ، واختلفـــا فى البـــاقى المعـــين ، اذ كـــل منهمـــا يدعيـــه أنه درهمـــه فيقســـم بينهمـــا .

وأما اذا طلبـــا حـــكم الله ســـبحانه وتعـــالى عنـــد الاشـــتباه عليهمـــا وتصريح كـــل واحـــد بعـــدم العـــلم بعـــين حقـــه فالحـــكم القـــرعة ، وعلى هذا فلا اشـــكال ، وليس للتأمل مجال .

على أنا نقـــول قد اتفقت كلمتهـــم فى باب الشركة على الحـــكم بالاشـــاعة شرعا فيمـــا اذا مزجا الدراهـــم أو الثيـــاب أو الصـــوف أو الشـــعير ونحـــو ذلك ممـــا هـــو قيمى ، وان كان غـــير مشـــاع واقعـــا ، ولذلك عرفوها بأنهـــا اجتمـــاع أموال المـــلاك على ســـبيل الاشـــاعة ، مـــع أن أظهـــر أفرادها مـــزج الدراهـــم والاشـــتراك بهـــا .

واحتـــرز بقـــوله من غـــير تفـــريط عمـــا لو فـــرط فى الحـــفظ أو المـــزج ، فان الودعى يضـــمن التـــالف ، كمـــا صرح بـــه جمـــاعة كالمصـــنف فى التـــذكرة ، والمقداد ، والمحقق الثـــانى ، والشـــهيد الثـــانى ، وغـــيرهم ، فيضـــم اليهـــا ، ويقتســـمان من غـــير نقص .

وقـــد يقـــع مـــع ذلك التعـــاسر على العين فتتجـــه القرعة ، لأنه يـــكون على تقـــدير الضـــمان لـــكل واحـــد منهمـــا نصـــف الدرهـــم الواحـــد فيـــكون النزاع والتعاسر فى الأخـــذ من الضـــامن وأخـــذ الباقى .

وأما ممتزج الأجزاء كالـــدهن والحنطـــة والشـــعير ، فاذا كان لأحدهمـــا قفـــيزان مثـــلا ، وللآخـــر قفيـــز وتـــلف قفيز بعـــد امتزاجهمـــا بعـــد تفريط ، فالتـــالف على نســـبة المالين ، وكـــذا البـــاقى ، فيـــكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث ، وللآخر ثلثـــا قفـــيز كمـــا صرح به فى التـــذكرة والدروس والتلقيح معـــا ، بخـــلاف الدرهـــم ، لأنـــه مختص بأحدهمـــا ، ويحتمل أن يـــكون الحكم فيـــه ما تقـــدم .

ويباع الثوبان مع الاشتباه معا ان لم يمكن الانفراد ، ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر ، فان بيعا منفردين ، فان تساويا فى الثمن ، فلكل مثل صاحبه ، وان تفاوتا فالأقل لصاحبه ونحوه ما ذكره فى التذكرة غير أنه لم يقيد فيها بيعهما معا بعدم امكان الانفراد .

ويظهر ما فى الكتاب أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع .

وحاصله أنهما ان بيعا مجتمعين حيث لا يمكن الانفراد ، بأن يباع كل واحد وحده لعدم الراغب وتعاسرا بمعنى لم يخير أحدهما صاحبه صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال ، وعليه تنزل الرواية .

وان أمكن بيعهما منفردين وجب ، فان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب ، وان اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر ، والأقل لصاحبه بناء على الغالب من عدم الغبن ، وان أمكن خلافه ، الا أنه نادر ، لا أثر له شرعا ، ويلزم على ما ذكره فى التذكرة ما ذكره من ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معا أو منفردين ، اذ الحكم مختلف فتتحد العبارتان .

قال فى الدروس لكن الرواية مطلقة فى البيع ، ويؤيدها أن الاشتباه مظنة تساوى القيمتين ، فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم فكانا بمثابة الشريكين .

وقال فى جامع المقاصد فعلى هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان ، فيبقى ما اذا تفاوتا خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف ، اذ لاراد له ، وقول ابن ادريس بالقرعة وان كان له وجه ، الا أن مخالفة النص ، وكلام الأصحاب مشكل .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل(١) : ويصدق مستودع ومستعير ، ومضارب ، لا بيمين فى تلف أى يصدقون فى ادعائهم تلف ما بأيديهم ان كانوا أمناء عند الحاكم ، وان لم يكونوا عنده أمناء احتاجوا الى الشهود بكونهم أمناء ، وان كانوا غير أمناء أولا يدرى حالهم ، بأن التبس الأمر على الحاكم حلفوا ، وكذا الأمانة ، والوديعة ما بيد انسان بوضع صاحبه فيه .

وقيل يحلفون فى ذلك كله ولو أمناء .

قال بعضهم الأمين أمين ، ويحلف ، والمراد التلف الذى يعذر فيه كالغصب والموت ، لا الذى لا يعذر فيه كالسقوط أو النسيان فى موضع والغلط ، وكذا وارثهم ان ادعى تلفه بيد مورثه لا يمين عليه انه تلف بيد موروثه ، لا أن ادعى تلفه فانه يغرم ولا يصدق فى تلفه ،

---

(١) من كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٧ ص ٢٣٥ طبع يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ

لأنه لم يؤتمن عليه ، وانما أؤتمن عليه موروثه الا أن بين أنه تلف •

وقيل : لا غرم عليه ، ولكن يحلف أنه ذهب ، لأنه بقى فى يده من الموروث كالأمانة •

وجاء فى موضع آخر[1] : ولا تنصب حكومة فى حرام بالذات كخمر وخنزير وعذرة أو لعارض كمغصوب ومسروق وربا وثمن ذلك ولا بين أهل ريبة أو يعلن أهل ريبة ، وبعض غير أهل ريبة اذا تنازعوا فى شىء ريب انه لغيرهم •

وأما ما علم أنه حلال فتنصب بينهم ليوصل الى صاحبه منهم •

الاشْتِبَاهُ فِى الْهِبَةِ

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[2] : أنه يشترط فى الموهوب أن يكون موجودا وقت الهبة ، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد ، بأن وهب ما يثمر نخله العام ، وما تلد أغنامه السنة ، ونحو ذلك ، لأن الهبة تمليك للمال ، وتمليك المعدوم محال ، وكذلك لو وهب ما فى بطن هذه الجارية أو ما فى بطن هذه الشاة ، أو ما فى ضرعها لا يجوز ، وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب ، لأنه لا وجه لتصحيحه للحال ، لاحتمال الوجود والعدم ، لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل ، وقد يكون لداء فى البطن وغيره ، وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن ، وقد يكون بغيره ، فكان له خطر الوجود والعدم ، ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث •

وكذلك لو وهب زبدا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو دقيقا فى حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه •

ويشترط فى الموهوب[3] ألا يكون متصلا بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء ، لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب •

وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع ، أو شجرا عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الأرض أو الثمر دون الشجر ، وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز ، لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض •

واذا زادت[4] الهبة زيادة متصلة بالأصل فى يد الموهوب له ، فانها تمنع

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٧ ص ٤١ ، ص ٤٢ الطبعة السابقة .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ١١٩ الطبعة السابقة .

(٣) المرجع السابق للكاسانى ج ٦ ص ١٢٥ الطبعة السابقة .

(٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ١٢٩ الطبعة السابقة .

الرجوع فى الهبة ، سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أولا ، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة ، نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنها ، أو دارا فبنى فيها ، أو كان ثوبا فصبغه بعصفر أو زعفران ، أو قطعه قميصا ، لأنه لا سبيل الى الرجوع فى الأصل بدون الزيادة ، لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا •

مذهب المالكية :

جاء فى التاج والاكليل[1] : ان من وهب لرجل موروثه من فلان ، وهو لا يدرى كم هو سدس أو ربع ، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار وهو لا يدرى ذلك ، كم ذلك فذلك جائز ، ونقله فى النوادر فى كتاب الهبات والصدقات عن كتاب ابن المواز ، وقال قبله ، قال أبو محمد وأعرف لابن القاسم فى غير موضع أن هبة المجهول جائزة •

وقال ابن عبد الحكم تجوز هبة المجهول ولو ظهر له أنها كثير بعد ذلك •

قال فى النوادر عن كتاب ابن المواز وان تصدق عليه ببيت من داره ولم يسم له مرفقا ، فليس له منعه من مدخل ، ومخرج ، ومرفق بئر ، ومرحاض ان لم يسمه فى الصدقة ، وليس له أن يقول له افتح بابا حيث شئت •

وقال ابن عرفة[2] : اذا وهب الأب لصغار ولده ، فان حوزه لهم يصح ، اذا كان ما وهبه يعرف بعينه •

قال ابن رشد هذا محل اتفاق •

قال الباجى وأما مالا يتعين كالدنانير والدراهم ، فانها ان بقيت بيد الأب غير مختوم عليها لم يتصرف فيها لابنه الصغير •

قال ابن القاسم انه ان مات الأب وهى على ذلك فالعطية باطلة •

وكذلك لو تصدق عليه بعشرة دنانير معينة فقال مالك لا يجوز وان طبع عليها حتى يدفعها الى غيره ويخرجها عن ملكه ، وذلك أنها غير معروفة العين ولا متعينة بالاشارة اليها ، ولا يصح أن تعرف بعينها اذا أفردت من غيرها •

ولم يختلف أصحابنا فى ذلك اذا وهبه عشرة دنانير من دنانيره •

وأما اذا ختم عليها أو أمسكها عنده فقد روى عن مالك أنها تبطل •

زاد ابن المواز وان ختم عليها الشهود والأب وبه أخذ ابن القاسم والمصريون ،

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل المعروف بالحطاب وبهامشه التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٥١ ، ص ٥٢ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للحطاب ج ٦ ص ٦٠ الطبعة السابقة •

ووجهـه أنهـا مالا يتعـين بالعقـد فـــلا يصـح فيهـا حيـازة مـع بقائهـا بيـــد المعطى كالتى لم يختــم عليهـــا •

مذهب الشافعية :

جاء فى مغنى المحتاج(١) : انه لو اصطلح الذين وقـف المال بينهـم على تســـاو أو تفـاوت جاز ، قال الامـام : ولا بـد أن يجـرى بينهـم تواهب ، وهـذا التـواهب لا يـكون الا عن جهـالة ، ولكنهـا تحتمـل للضرورة •

ومنهـا ماذا اختلط حمـام برجـين فوهب صـاحب أحدهمـا نصـيبه للآخر ، فانه يصح على الصـحيح وان كان مجهـول القـدر والصـفة للضرورة •

ومثـل ذلك ما لو اختلطت حنطتـه بحنطة غـيره أو مائعـة بمـائع غـيره أو ثمـرته بثمـرة غـيره •

ومنها ما لو قال : انت فى حـل ممـا تأخذ من مالى ، أو تعطى ، أو تأكـل ، فانـه يجوز له الأكل ، دون الأخـذ والاعطـاء ، لأن الأكـل اباحـة ، وهى تصـح مجهـــولة بخلافهمـا •

ومنهـا صـوف الشـاة المجعولة أضـحية ولبنهـا كمـا قاله الرويانى •

ومنهـا الطعـام المغنـوم من دار الحرب تجـوز هبتـه للمسـلمين بعضـهم من بعض ما دامـوا فى دار الحـرب كمـا يجـوز لهم أكـله هنـاك ، ولا يصـح لهـم تبايعـه قاله الزركشى وهـذه فى الحقيقة لا تستثنى ، لأن الآخـذ لا يمـلك المأخـوذ حتى يملكـه لغـيره ، وانمـا هو مبـاح للغـانم غـير ممـلوك •

ومنهـا الثمـار قبـل بدو الصـــلاح تجـوز هبتهـا من غـير شرط القطـع بخلاف البيـع وكـذا الزرع الأخضر قبل اشـتداد الحب •

مذهب الحنابلة :

جـاء فى كشـاف القناع(٢) : انه ان تعذر علم المجهـول كزيت اختـلط بزيت أو شـيرج صـحت هبتـه كصـلح عنه للحاجة •

وجاء فى الشرح الكبير(٣) لا تصـح هبـة المجهـول كالحمـل فى البطـن واللبـن فى الضرع ، وبهـذا قال أبو حنيفـة والشـافعى رحمهمـا الله تعـالى وأبو ثـور ، لأنـه مجهـول معجـوز عن تسـليمه •

وفى الصـوف على الظهـر وجهـان بنـاء على صـحة بيعـه ، ومتى اذن له فى جـز الصـوف وحلب الشـاة كان اباحـة ، ولا تصـح هبـة المعـدوم كالذى تثمـر شجرته

(١) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للأمام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٢ ص ٣٧٠ ، ص ٣٧١ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ •

(٢) كشـاف القناع عن متن اقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٤٧٩ الطبعة السابقة

(٣) الشرح الكبير على المغنى لابن قـدامه المقدسى ج٦ ص٢٦٣ ، ص٢٦٤ الطبعة السابقة

أو تحمل أمته ، لأن الهبة عقد تمليك فى الحياة فلم تصح فى هذا كله كالبيع .

ثم قال : قد ذكرنا أن هبة المجهول لا تصح ، نص عليه أحمد فى رواية أبى داود وحرب ، وبه قال الشافعى .

قال شيخنا ويحتمل أن الجهل اذا كان من الواهب منع الصحة ، لأنه غرر فى حقه ، وان كان من الموهوب له لم يمنعها ، لأنه لا غرر فى حقه فلم يعتبر فى حقه العلم بما يوهب له كالوصية .

وقال مالك تصح هبة المجهول ، لأنه تبرع فصح فى المجهول كالنذر والوصية .

ولنا أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح فى المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية ، فأما مالا يقدر على تسليمه فتصح هبته فى أحد الاحتمالين اذا قلنا أن القبض ليس بشرط فى صحة الهبة .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى[1] أن من وهب شيئا غير معين من جملة أو عدد كذلك أو زرعا كذلك أو وزنا كذلك أو كيلا كذلك ، فهو باطل ، لا يجوز ، مثل أن يعطى درهما من هذه الدراهم ، أو دابة من هذه الدواب ، أو خمسة دنانير من هذه الدنانير ، أو رطلا من هذا الدقيق ، أو صاعا من هذا الثمر ، أو ذراعا من هذا الثوب ، وهكذا فى كل شىء ، والصدقة بكل هذا والهبة ، والاصداق ، والبيع ، والرهن ، والاجارة باطل كل ذلك سواء فيما اختلفت أبعاضه ، أو لم تختلف ، لا لشريك ، ولا لغيره ، ولا لغنى ، ولا لفقير ، لأنه لم يوقع الهبة ، ولا الصدقة ، ولا الصداق ، ولا الرهن ، ولا الاجارة على شىء أبانه عن ملكه .

لما روينا من طريق عبد الرازق عن معمر سألت الزهرى عن الرجل يكون شريكا لأبيه ، فيقول له أبوه : لك مائة دينار من المال الذي بينى وبينك ؟ فقال الزهرى قضى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما أنه لا يجوز حتى يحوزه من المال ويعزله .

وباسناده الى معمر عن سماك بن الفضل كتب عمر بن عبد العزيز أنه لا يجوز من النحل الا ما أفرد وعزل .

ثم قال ابن حزم : ومن أعطى شيئا من غير مسألة ففرض عليه قبوله وله أن يهبه بعد ذلك ، وبعد أن ساق ابن حزم الدليل النقلى على ذلك قال : ولا يخلو من اعطاء سلطان أو غير سلطان كائنا من كان من بر أو ظالم من أحد ثلاثة أوجه لا رابع لها .

---

(1) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ١٥٢ ص ١٥٣ ، ١٥٤ مسألة رقم ١٦٢٤ ومسألة رقم ١٦٣٥ الطبعة السابقة .

اما أن يوقن المعطى أن الذى أعطى حرام .

وأما أن يوقن أنه حـــلال .

وأما أن يشـــك فلا يدرى أحـــلال هـــو أم حـــرام ، ثم ينقســـم هـــذا القســـم ثلاثة أقســـام .

أما أن يـــكون أغلب ظنـــه أنه حرام .

أو يكون أغـــلب ظنـــه أنه حـــلال .

واما أن يـــكون كـــلا الأمرين ممـــكنا على الســـواء .

فان كان موقنـــا أنـــه حـــرام وظـــلم وغصب ، فان رده فهـــو فاســـق عاص لله تعـــالى ظالم ، لأنـــه يعـــين بـــه ظالمـــا على الاثم والعـــدوان .

ثم لا يخـــلو من أن يـــكون يعـــرف صـــاحبه الذى أخـــذ منـــه بغـــير حـــق أو لا يعرفه .

فان كان يعـــرفه فهنـــا زاد فســـقه وتضاعف ظلمـــه ، لأنه قدر على رد المظلمـــة الى صـــاحبها ، وعلى ازالتهـــا عن الظـــالم فلم يفعـــل ، بـــل أعان الظـــالم وأيـــده وأعان على المظلوم .

وان كان لا يعـــرف صـــاحبه فـــكل مال لا يعرفه صاحبه فهو فى مصالح المســـلمين ، فالقـــول فى هـــذا القســـم كالقـــول فى الذى قبله ، لأنه قوى الظالم بمالا يحل .

وان كان يوقن أنه حـــلال فان الذى أعطـــاه مكتسب بذلك حســـنات فهـــو فى رده عليـــه ما أعطـــاه غـــير ناصـــح له اذ منعـــه الحســـنات الكثيرة .

وان كان لا يدرى أحلال هو أم حرام فهذه صـــفة كل ما يتعـــامل به النـــاس الا فى اليســـير الذى يوقن فيـــه أنه حـــلال أو أنه حـــرام ، فـــلو حـــرم أخـــذ هـــذا لحرمت المعامـــلات كلهـــا الا فى النـــادر القليـــل جـــدا .

وقـــد كان على عهـــد رســـول الله صـــلى الله عليـــه وســـلم سرقات ومعـــاملات فاسدة غـــير مشـــهورة ، فمـــا حـــرم النبى صـــلى الله عليـــه وســـلم قط من أجـــل ذلك أخـــذ مال يتعـــامل به الناس ، الا أن قـــوما من أهـــل الورع اتقـــوا ما الا غلب عنـــدهم أنه حـــرام ، فمـــا كان من هـــذا القســـم فهـــو داخـــل فى باب وجـــوب النصـــيحة بأخـــذه ، فان طابت نفســـه عليـــه فحسن ، وان اتقـــاه فليتصـــدق به فيـــؤجر على كل حـــال .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهـــار[1] : أنه يشـــترط فى الهبـــة تمييز الشىء الموهـــوب بمـــا يميزه للبيـــع فهبـــة المجهـــول لا تصـــح اذا كان

---

(1) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٣ ص ٤٣٦ طبع مطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧

عينا ، كما لا يصح بيعه ، فاذا ميز للهبة بمثل ما يميز للبيع صحت .

وأجاز المؤيد بالله الهبة اذا ذكر لها حاصرا ، نحو كل ما أملك أو ما ورثت من فلان .

وحمله القاضى زيد وأبو مضر على معرفة الجنس .

مذهب الامامية :

جاء فى العروة الوثقى[1] : أنه اذا تغيرت العين فى حالة شك معه صدق القيام بعينه وعدمه ، فالظاهر عدم جواز الرجوع ، لأنه معلق على عنوان القيام بعينه ، والمفروض الشك فى صدقه ، ولا مجرى ، لاستصحاب بقاء الجواز ، لأنه لا يثبت أن هذا الموجود ويجوز الرجوع فيه فتأمل .

هذا اذا لم يعلم بقاء الموضوع فى الاستصحاب وشك فيه فان المستصحب حينئذ بقاء الجواز الثابت سابقا ولا يثبت .

وأما اذا علم بقاء الموضوع عرفا فلا مانع من استصحاب بقاء جواز الرجوع الثابت فيه فلا يكون من الأصل المثبت .

واذا علم بالتغير[2] والرجوع وشك فى السابق واللاحق فمع الجهل بتاريخهما أو العلم بتاريخ التغيير قدم قول المتهب .

وان علم تاريخ الرجوع قدم قول الواهب .

واذا علم الرجوع وموت المتهب وشك فى السابق واللاحق قدم قول وارث المتهب مع الجهل بتاريخهما أو العلم بتاريخ الموت وقول الواهب ووارثه مع العلم بتاريخ الرجوع .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل[3] : انه لا تصح الهبة فى مال شركة ذى شياع يتوصل فيه الى تحقيق سهامه وأهله أى ، ولا فى ذى شياع جهلت فيه الانصباء ، اذ قد تجوز فيه هبة الغلة .

ولا تصح هبة ما فى ذمة وما فيها من دين أو قرض أو غيرهما عند من اشترط القبول والقبض ، لعدم القبض .

---

(١) العروة الوثقى للسيد محمد كاظم الطباطبائى اليزدى وعليها تعليقات لأشهر مراجع العصر وزعماء الشيعة الامامية ج ٥ ص ١٧٦ ص ١٧٧ طبع مطبعة دار الكتب الاسلامية للشيخ محمد الأخوندى بطهران الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ هـ .

(٢) المرجع السابق للطباطبائى اليزدى ج ٢ ص ١٨٣ مسألة رقم ١٧ الطبعة السابقة .

(٣) شرح النيل وشفاء العليل لمحمد ابن يوسف أطفيش ج٦ ص٦ ، ص ٧ طبع مطبعة يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ

وتصح عند من لم يشترطها وعند من اشترط القبول فقط •

وذكر أبو زكريا فى الأحكام ما يدل على أنه يصح هبة ما فى الذمة •

وتصح هبة لشريك فى مشترك مثل أن يشترك اثنان فى أصل أو عرض فيهب أحدهما سهمه للآخر ان لم يشترك ثالث معهما فصاعدا ، والا لم تصح لبقاء شريك آخر أو شركاء لم تتميز سهامهم لشياعها ، ولو تميزت بالتسمية فلا قبض حينئذ •

ولا تصح هبة مجهول[1] ولا المجهول وجوزت فى كل ذلك اذا تبينت صفتها أو اسمها ولو كان الشيء مجهولا •

وان وهب شريك حصته[2] لشريكه مثل دار لم تقسم فهل المذكور من الهبة أو ذلك الاعطاء قبض ، لأن المشترك فى قبضة كل من الشركاء ، لأن حصته منه غير متعينة وتجوز ، هذا قول الربيع ، أعنى أنه يعد ذلك قبضا ، ولكنه لا يشترط القبض •

ومن اشترطه فعد ذلك قبضا أجازها أولا يكون ذلك قبضا فلا تجوز حتى تقسم فتتعين الأنصباء وتصلح للقبض ، وهو قول ابن عبد العزيز يقول لا تجوز الهبة حتى تكون معلومة مقسومة مقبوضة هذان قولان أيضا ، والمختار الجواز فيهما أى فى مسألة هبة الحصة للشريك •

ومسألة هبة مالم يقسم لمتعدد والمتعدد ينزل منزلة الواحد ، اذ جعل واحدا وان بلا قبض ، أو الشركة غير قبض •

الاشْتِبَاهُ فِى الوَقْفِ

مذهب الحنفية :

جاء فى الفتاوى الهندية[3] : أن شيخ الاسلام سئل عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر ما يصرف الى مستحقيه قال : ينظر الى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان أن قوامها كيف يعملون فيه والى من يصرفون وكم يعطون ، فيبنى على ذلك كذا فى المحيط •

أما الوقوف التى تقادم أمرها ، ومات وارثها ، ومات الشهود الذين يشهدون عليها ، فان كانت لها رسوم فى دواوين القضاة يعمل عليها ، فاذا تنازع أهلها فيها أجريت على الرسوم الموجودة فى ديوانهم ، وان لم تكن لها رسوم فى دواوين القضاة يعمل عليها ، تجعل موقوفة ، فمن أثبت فى ذلك حقا قضى له به •

(١) المرجع السابق لأطفيش ج ٦ ص ٨ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ١٢ ، ص ١٣ الطبعة السابقة .

(٣) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكرية وبهامشها فتاوى قاضيخان ج ١ ص ٤٣٦ الطبعة السابقة .

هذا كله اذا لم تبق ورثة الواقف .

فان بقيت وتنازع قوم يرجع الى ورثة الواقف فى الوجهين جميعا ، فاذا أقروا بشىء يؤخذ باقرارهم ، فان تعذر يرجع الى الرسوم ، فان تعذر تجعل موقوفة الى قيام الدليل ، كذا فى المضمرات ، فان اصطلحوا وأرادوا أخذ ذلك كان للقاضى فى الاستحسان أن يقسم ذلك بينهم .

مذهب المالكية :

جاء فى التاج والاكليل نقلا عن المدونة[١] : ان مالكا رحمه الله تعالى قال : من حبس حبسا على ولد له صغار فمات وعليه دين لا يدرى الدين كان قبل أم بعد الحبس ، وقام الغرماء ، فعلى الولد اقامة البينة أن الحبس كان قبل الدين ، والا بطل الحبس .

ومن تصدق بدار له[٢] على رجل وولده ما عاشوا ولم يذكر لها مرجعا الا صدقة هكذا ، لا شرط فيها فهلك الرجل وولده ، فانها ترجع حبسا على فقراء أقارب الذى حبس ولا توارث .

قال عياض : ان قال مالك هو حبس أو وقف هو صدقة ، فان عينها لمجهولين محصورين مما يتوقع انقطاعه كقوله على ولد فلان أو فلان وولده ، فاختلف فيه .

قال مالك وقاله فى الكتاب هى حبس مؤبد يرجع بعد انقراضهم مرجع الأحباس ، سواء قال ما عاشوا أولا .

قال وان جعلها لمجهولين غير محصورين كالمساكين ، فهى ملك لهم تقسم عليهم ان كانت مما ينقسم ، أو بيعت وقسمت وانقضت فيما يحتاج اليه ذلك الوجه المجهول ، وتعيين المجهول ليس هنا باجتهاد الناظر فى موضع الحكم ووقته ولا يلزم عمومهم اذ لا يقدر عليه .

وسئل ابن علاق عن حبس[٣] على طلاب العلم للغرباء أنه ان لم يوجد غرباء دفع لغير الغرباء .

قال : ويشهد لهذا فتيا سحنون فى فضل الزيت على المسجد أنه يؤخذ منه فى مسجد آخر .

وفتيا ابن فرحون فى حبس على حصن تغلب عليه يدفع فى حصن آخر .

قال وما كان لله تعالى واستغنى عنه فجائز أن يستعمل فى غير ذلك الوجه ما هو لله تعالى .

---

(١) مواهب الجليل على شرح مختصر خليل وبهامشه التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٢٥ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق على مختصر خليل ج ٦ ص ٢٧ الطبعة السابقة .

(٣) التاج والاكليل للمواق هامش مواهب الجليل على مختصر خليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٣٢ الطبعة السابقة .

ومنهـا فتيـا ابن رشــد فى فضــل غلات مســجد زائدة على حاجتــه أن يبنى بهـا مسـجد تهـدم •

وقال عيـاض ان جعـل حبسـه على وجه معـين غـير محصـور كقـوله حبس فى السـبيل أوفى وقيـد مسـجد كـذا أو اصـلاح قنطـرة كـذا فحكمـه حـكم الحبس المبهم يوقف على التأبيـد ، ولا يرجـع ملـكا •

فان تعـذر ذلك الوجـه بجـلاء البـلد أو فسـاد موضـع القنطـرة حتى يعـلم أنه لا يمـكن أن تبنى وقـف ان طمـع بعوده الى حاله أو صرف فى مثله •

قال عيـاض ان قال مـكان هو حبس أو وقف هى صـدقة •

فان عينهـا لشـخص معـين فهى مـلك لـه •

وان قال دارى حبس على فـلان وعـين شـخصا ، فاختـلف فيـه قول مالك هـل يكون مؤبـدا لا يرجـع ملكا ، فان مـات فـلان رجعت حبسـا لأقـرب النـاس بالمحبس على سـنة مراجـع الأحبـاس ، فان لم يـكن لـه قـرابة رجعت للفقـراء والمسـاكين •

والقـول الآخـر أنهـا ترجـع بعـد موت المحبس عليـه ملـكا للمحبس ، أو ورثته ان مات كالعمرى •

قال عيـاض : ان قال : صـدقة وجعلهـا لمجهـولين غـير محصـورين كالمسـاكين ، فهى مـلك لهـم ، ويجتهـد النـاظر اذ لا يقـدر على تعميمهـم •

وقال عيـاض أيضـا اما لفظـة الحبس المبهـم كقـوله دارى حبس فـلا خـلاف أنهـا وقف مـؤبد ، ولا ترجـع ملـكا ، وتصرف عنـد مالك فى الفقـراء والمسـاكين •

وان كان فى الموضـع عـرف للوجوه التى التى توضـع فيهـا الاحبـاس وتجعـل لهـا حملت عليـه •

وقـال ابن رشـد لا خـلاف فى أن من حبس أو وهب أو تصـدق أنه لا رجـوع لـه فى ذلك ويقضى عليـه بذلك أن كان لمعـين اتفـاقا ولغير معين باختلاف ، وهذا مذهب المـدونة[١] •

ومن حبس على من لا يحاط به أو على قـوم وأعقـابهم •

أو على كولده ولم يعينهم فضـل المتـولى أهل الحـاجة والعيـال فى غلة وسكنى أما مسـئلة القسـم على من يحـاط به أو على قوم وأعقابهم •

فقـال ابن عرفـة قسـم ما على غـير منحصر بالاجتهـاد اتفـاقا •

وروى ابن عبدوس من حبس على قـوم وأعقـابهم فهـذا كالصدقة يوصى وان تفرق على المسـاكين لمن وليهـا ، أو يفضـل أهـل الحاجة والمسـكنة والمؤنة والعيـال وللزمانة وكـذا غلـة الحبس •

وقال ابن رشـد المشـهور ان قسـم

(١) التاج والاكليل للمواق على هامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٤٧ ، ص ٤٨ الطبعة السابقة .

الحبس لمعقب بين آحادهم بقدر حاجتهم ، وما على معينين هم فيه بالسواء .

وأما القسم على نحو ولده ولم يعينهم فقال ابن رشد : معلوم قول ابن القاسم وروايته فى المدونة أن الآباء يؤثرون على الأبناء ولا يكون للابناء معهم فى السكنى الا ما فضل عنهم ، وسواء على قوليهما قال حبس على ولدى ولم يزد فدخل معهم فى السكنى الأبناء بالمعنى أو قال على ولده وولد ولده فدخلوا معهم بالنص .

وقال مالك(١) : من حبس دارا على ولده فسكنها بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكنا فقال الذى لم يجد : أعطونى من الكراء بحساب حقى ، فلا كراء له ، ولا أرى أن يخرج أحد لأحد ، ولكن من مات أو غاب غيبة يريد المقام بالوضع الذى إنتقل اليه استحق الحاضر مكانه .

وأما أن أراد السفر الى موضع ثم يرجع فهو على حقه .

قال فى كتاب محمد وله أن يكرى منزله الى أن يرجع .

وسمع عيسى من حبس على قوم وهم متكافئون فى الغنى والفقر اجتهد فى ذلك ، ليسكن فيها من رأى أو يكريها فيقسم كراءها عليهم ، ومن سبق وسكن فهو أولى ، ولا يخرج منها .

قال ابن رشد معناه فى غير المعين كتحبيسه على أولاده أو أولاد فلان .

وان كان على معينين مسميين لم يستحق السكنى من سبق اليه ، وهم فيه بالسوية حاضرهم وغائبهم قاله ابن القاسم .

قال محمد : وغنيهم وفقيرهم سواء الا بشرط .

روى ابن القاسم من حبس على ولده أو غيرهم حائطا وسمى لبعضهم ما يعطى كل عام من الكيل ، ولم يسم للآخرين فيبدأ بالذى سمى له ، الا أن يعمل فى ذلك عامل فيكون أولى بحقه قال ابن القاسم وكذا فى غلة الدور .

وقال ابن المواز (٢) فى الشامل ومن وقف على قوم وأعقابهم أو من لا يحاط بهم ، فضل الناظر ذا حاجة وعيال فى غلة وسكنى على المشهور باجتهاده .

فان استووا فقرا وغنى أوثر الأقرب فالأقرب ، ودفع الفضل لمن يليه ، فأما على ولده وولد ولده ، أو مواليه ولم يعينهم فكذلك .

---

(١) التاج والاكليل للمواق هامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٤٩ الطبعة السابقة .

(٢) التاج والاكليل للمواق هامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٤٨ الطبعة السابقة .

وقيـــل : الغنى والفقـــير ســـــواء ، فان عينهـــم ســـــوى بينهـــم ، فان كان للغنى ولـــد فقـــير أعطى بقـــدر حاجتـــه .

وقال فى النـــوادر ومن المجمـــوعة من حبس على قـــوم وأعقـــابهم أن ذلك كالصـــدقة ، ولا يعطى الغنى منهـــا شـــــيئا ، ويعطى المســـدد بقـــدر حاله ، فان كان للاغنيـــاء أولاد كبـــار فقـــراء وقد بلغوا أعطوا بقـــدر حاجتهـــم .

قال الباجى يريـــد بالمســـدد الذى له كفاية وربمـــا ضـــاق حاله لكثرة عيـــاله .

وفهـــم من قوله ولم يعينهـــم أنه لو عينهم أنه يســـوى بينهـــم وهـــو كذلك .

مذهب الشـــافعية :

جـــاء فى المهـــذب[1] : أن الـــواقف إن قال وقفت على أولادى دخـــل فيـــه الذكـــر والأنثى والخنثى ، لأن الجميـــع أولاده ، ولا يدخـــل فيـــه ولـــد الولـــد ، لأن ولـــده حقيقـــة ولده من صـــلبه .

فان كان له حمـــل لم يدخـــل فيـــه حتى ينفصـــل .

فاذا انفصـــل اســـتحق ما يحـــدث من الغـــلة بعـــد الانفصـــال دون ما كان حـــدث قبـــل الانفصـــال ، لأنه قبـــل الانفصـــال لا يســـمى ولدا .

(١) منكتاب المهذب لأبى اسحاق الشيرازى ج ١ ص ٤٤٤ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢٧٦ هـ مطبعة دار احياء الكتب العربية .

وان وقف على ولـــده وله ولد فنفـــاه باللعـــان لم يدخـــل فيـــه .

وقال أبو اســـحق يدخـــل فيـــه ، لأن اللعـــان يســـقط النسب فى حـــق الزوج ، ولا يتعـــلق به حـــكم ســـــواه ، ولهـــذا تنقضى به العـــدة .

والمذهب الأول ، لأن الوقف على ولـــده باللعـــان قد بان أنه ليس بولـــده ، فـــلم يدخـــل فيـــه .

وان وقف على أولاد أولاده دخل فيـــه أولاد البنـــين وأولاد البنـــات ، لأن الجميـــع أولاد أولاده فان قال على نســـلى أو عقبى أو ذريتى دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات قربوا أو بعـــدوا لأن الجميـــع من نســـله وعقبـــه وذريتـــه ، ولهـــذا قال الله تعـــالى « ومن ذريتـــه داود وســـليمان وأيـــوب ويوســـف وموسى وهـــارون وكذلك نجـــزى المحســـنين[2] ، وزكريا ويحيى وعيسى[3] . واليـــاس كل من الصـــالحين ، واســـماعيل واليســـع ويونس ولوطا وكلا فضلنا على العالمين[4] » فجعل هـــؤلاء كلهم من ذريتـــه على البعـــد وجعـــل عيسى من ذريتـــه وهو ينسب اليـــه بالأم .

فان وقـــف على عتـــرته فقـــد قال ابن الأعرابى وثعلب هم ذريته .

وقال القتيبى : هم عشـــيرته .

(٢) الآية رقم ٨٤ من سورة الانعام .
(٣) الاية رقم ٨٥ من سورة الانعام .
(٤) الآية رقم ٨٦ من سورة الانعام .

وان وقـف على من ينسـب اليـه لم يدخـل فيـه أولاد البنـات ، لأنهـم لا ينسـبون اليـه •

قال الشـاعر : بنونا بنـو أبنائنـا وبناتنا بنوهن أبنـاء الرجال الأجانب •

وان وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى المشـكل لأنا لا نعـلم أنه من البنـين فان وقف على البنـات لم يدخـل فيـه ، لأنـا لا نعـلم أنه من البنـات •

فان وقف على البنين والبنات ففيه وجهان أحدهمـا أنه لا يدخل فيه لأنه ليس من البنين ولا من البنـات •

والثـانى أنه يدخـل ، لأنه لا يخـلو من أن يـكون ابنـا أو بنتـا وان أشـكل علينـا فان وقف على بنى زيد لم يدخـل فيـه بنـاته •

فان وقف على بنى تميـم وقلنـا ان الوقف صـحيح ففيـه وجهـان •

أحدهمـا لا يدخـل البنـات ، لأن البنـين اسـم للذكور حقيقة •

والثانى يدخلن فيـه ، لأنه اذا أطلق اسم القبيـلة دخـل فيـه كل من ينسـب اليهـا من الرجـال والنسـاء •

مذهب الحنـابلة :

جـاء فى قواعـد ابن رجب[١] : انـه لو وجـد فى كتـاب وقـف أن رجـلا وقف على فـلان وبنى بنيـه واشـتبه هـل المـراد بنى بنيه (جمع ابن) أو بنى بنيـه (واحـدة البنـات) قال ابن عقيـل فى فنـونه : يـكون بينهمـا عندنا ، لتساويهما ، كمـا فى تعـارض البينات •

قال الشـيخ تقى الدين : ليس هـذا من تعـارض البينـتين ، بل هـو بمـنزلة تردد البينـة الواحـدة ، ولو كان من تعـارض البينتـين فالقسـمة عنـد التعـارض رواية مرجوحـة والا فالصـحيح اما التسـاقط واما القرعة ، فيحتمـل أن يقـرع ها هنـا ، لأن الحـق ثبت لاحـدى الجهتين ، ولم يعـلم عينهـا ، ويحتمـل أن يرجح بنـو البنين ، لأن العـادة أن الانسـان اذا وقف على ولد بنيـه لا يخص منهمـا الذكور بـل يعـم أولادهمـا ، بخـلاف الوقف على ولد الذكـور ، بل يعـم أولادهمـا ، بخلاف الوقف على ولـد الذكـور ، فانـه يخص ذكورهم كثيرا كآبائهم ، ولأنه لو أراد ولد البنت لسـماها أو لشرك بين ولـدها وولـد سـائر بنـاته ، قال : وهـذا أقـرب الى الصـواب •

وأفتى رحمـه الله فيمـن وقف على أحـد أولاده وله عـدة أولاد جهـل اسـمه أنـه يميـز بالقرعة •

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهـار[٢] : أن الواقف اذا

(١) القواعد للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلى فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٢٣٧ طبع مطبعة الصدق الخيرية بمصر مكتبة الخانجى الطبعة الأولى سنة ١٣٥٢ هـ ، سنة ١٩٣٣ م •

(٢) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الأئمة الأطهار ج ٣ ص ٤٦١ ، ص ٤٦٢ الطبعة السابقة .

عين العين الموقوفة ثم التبس ما قــد عين فى النيــة بغـيره بــلا تفـريط صــار للمصالح وبه قيمــة أحدهمــا فقط •

فلو وقف واحــدا من شـيئين وعينــه فى نفســه ، ثم التبس ما قــد عــين فانه ينظر ، هــل وقــع منــه تفريط فى ترك التعيــين حتى التبس أم لا ، فان لم يقـــع منـــه تفـريط بطـل الوقــف ، وصــار الشـيئان جميعــا للمصــالح •

وان فرط حتى التبس عليــه أو مات ولــم يعــرف الورثــة ولا توجــد شــهادة بطــل الوقــف أيضــا ، وصــار ملــكا له أولهــم ، ولزمــه للمصــالح قيمــة الأقــل منهمــا •

ولمتولى الوقف تأجيره مدة معــلومة لكن لا يكون الا دون ثلاث ســنين لأن خلاف ذلك يؤدى الى اشتباه الوقف بالملك •

قال(١) الهادى عليــه الســلام : تجــوز اجــارة الوقف مدة قريبــة نحــو ســـنة أو ســنتين دون المــدة الطويــلة ، فان ذلك مــكروه كراهة حظــر تمنــع الصــحة مــع حصــول اللبس •

واذا حـــدث الاختــلاط (٢) فالتبست أملاك الأعــداد وأوقافهــا لا بخــالط نحــو آن يختــلط ملــكان أو وقفان لشخصين أو لمســـجدين أو زكاة وغلة لمســـجد أو نحــو ذلك ، حتى لا يتميــز ما لــكل واحــد منهمــا ، ولم يــكن ذلك بخــلط خالط ، بــل برياح أو من لا تضــمن جنايته من حيوان أو غــيره ، فــاذا كان الخــلط على هـــذه الصـــفة قسـمت تــلك الأمــــلاك على الرءوس ، ســواء كانت مثليــة أو قيميــة على ما تقتضــيه القســمة ، وبيــين مدعى الزيادة والفضــل •

فمن ادعى أن نصــيبه أكثــر ، أو أفضــل كانت عليــه البينــة ، الا اذا كان الخــلط مــلكا بوقــف بطـــل الوقــف ، وصـــارا جميعــا ملــكا للمصــالح رقبتهمــا •

قيــل : أو كان المختــلط وقفــين أحدهمــا لآدمى ، والآخــر لله تعــالى ، فان غلتهمــا تــكون للمصــالح ، ولا يبطــل الوقــف ، فيصــيران للمصــالح ، وهمــا الملك والوقف والوقفــان رقبــة الأول وهــو الملك والوقف، وغــلة الثــانى وهمــا الوقفــان هــكذا •

وقال على وغــيره بل الأولى أن تقســـم الغــلة كالملكيــة ، ولا يقــاس على اختــلاط الملك بالوقف ، لأن الوقف لا يصــح التراضى على مصــيره ، ملكــا ، لأنه لا يبــاع فلهــذا صــارا جميعــا للمصــالح هنــاك ، وأما هنا فان الغــلة تبــاع فيصــح التراضى فيهــــا فالأولى القســمة ، ولا تصــير للمصـــــالح كالملكيــة •

قال مولانا المهــدى عليــه الســلام : هذا هو القوى •

وأما اذا كان اختــلاط الأمــلاك والأوقاف بخــالط فلا يخــلو اما أن يــكون متعــديا

---

(١) المرجع السابق لأبى الحسن عبد الله ابن مفتــاح ج ١ ص ٤٩٧ وهامشــه الطبعة السابقة •

(٢) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار ج ٣ ص ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ ، ص ٣٥٣ الطبعة السابقة •

بذلك أولا ، والتعـــدى أن يفعـــله من غـــير أمرهم ان كان لا باذن بل متعـــد ، فالمخلوط اما أن يكون من ذوات القيـــم أو من ذوات الأمثـــال .

فـــان كان من ذوات القيـــم ملك القيمى بـــلا خـــلاف .

وان كان من ذوات الأمثـــال ، فاما أن يتفق جنســـه ونوعه وصـــفته أو يختـــلف .

فان اختلف وتعـــذر التمييـــز ملـــكه ، نحو أن يخـــلط الســـليط بالســـمن أو رطـــلا من الســـمن يســـاوى درهمـــا برطـــل منـــه يســـاوى درهمـــين ، اذ لا فـــرق عنـــدنا بـــين الاختـــلاف فى الجنس ، أو فى الصـــفة ، أو فى النـــــوع فى انه يكون اســـتهلاكا ، والمتعـــدى بالخـــلط اذا ملـــكه لزمتـــه الغـــــرامة لأربابه ، مثـــل المثـــلى وقيمـــة المتقـــوم ، ويلزمه التصـــدق بمـــا خشى فســـاده قبـــل المراضـــاة ، ولا يجـــوز لـــه فيـــه التصرف قبلهـــا ، ذكر ذلك الكنى .

وقال القـــاضى زيـــد : انه يجـــوز له فيـــه كل تصرف قبـــل المراضـــاة .

واذا كان المخـــلوط مثليـــا متفقـــا فى الجنس والصـــفة والنـــوع لم يملـــكه الخـــالط ، لـــكن اذا تلف قبـــل أن يقســـمه ضـــمن الخالط ذلك المثـــلى المتفـــق ، وقسمه على الرءوس ، وبيـــين مـــدعى الـــزيادة والفضـــل .

ولمتـــولي الوقف[١] تأجـــيره مدة معـــلومة لكن لا يـــكون الا دون ثـــلاث ســـنين ، لأن خـــلاف ذلك يـــؤدى الى اشـــتباه الوقـــف بالملـــك .

ولمتـــولى الوقف أن يعمـــل بالظن فيمـــا التبس مصرفه .

قال على : الواجب أن يعمـــل بعلمـــه فان لم يحصـــل له علم نظر فى الثقـــات المتصرفين قبـــله ، فان كان عملهـــم عن عـــلم وجب الرجـــوع اليهـــم ، وان كان علمهـــم عن ظن فتقـــديم ظنـــه أولى ، وان لم يحصـــل لـــه ظـــن ولا من يرجـــع اليـــه فعـــلى أحـــد قـــولى المـــؤيد بالله والهـــادوية بقســـم بين المصـــــارف كالـــذى التبس بـــين قـــوم محصـــورين .

وعلى أحـــد قوليه يـــكون الجميـــع لبيت المـــال .

وان كـــان اللبس بـــين مصـــــارف منحصرات قســـمت الغـــلة بينهن بالسوية .

وان كانت غـــير منحصرات بل وقـــع اللبس مطلقـــا ، فان الغـــلة تـــكون لبيـــت المـــال ، وكذلك الرقبـــة اذا لم يعـــلم كونهـــا وقفـــا ، وان عـــرف أنهـــا وقف بقيت وقف .

مذهب الاماميـــة :

جـــاء فى العـــروة الوثقى[٢] : أنـــه اذا

(١) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار ج ٣ ص ٤٩٨ الطبعة السابقة .

(٢) العروة الوثقى للســـيد محمـــد كاظم الطباطبائى اليزدى ج ٢ ص ٢٢٦ ، ص ٢٢٧ مسألة رقم ٣٨ الطبعة السابقة .

اشــتبه الموقــوف عليــه بــين شــخصــين أو عنــوانين فالمرجــع القــرعة أو الصــلح القهــرى •

واذا شــك فى وقف أنــه ترتيب أو تشريك فان كان هنــاك اطــلاق وشــك فى تقييــده وعــدمه حــكم بالتشريك ، لاصــالة عـــدم التقييــد وان لم يعــلم كيفية اجراء الصيغة فقــد يقــال بالتشريك أيضــا لكــنه مشكل ، بل مقتضى القاعــدة أن يدفــع الى أهـــل المرتبــة المتقــدمة المقــدار الذى يــكون لهم على فــرض التشريك ، لأنــه المتيــقن على التقديرين والبقيــة المردودة بين أن يــكون لهم أيضا أو للمرتبــة المتأخرة تقســم بين الجميــع بمقتضى الصــلح القهــرى •

واذا كــان[1] وقف لــم يعــلم مصرفــه من جهــة الجهــل بــه أو نسيانا مــن الأول أو فى الاثنــاء لم يحــكم ببطــلانه بــلا أشــكال ، وحينئذ فبعــد اليأس عن ظــاهر الحــال ان كــان الترديد مــع انحصــار الأطــراف يوزع عليهم ، أو يقــرع بينهــم، وان كــان مــع عــدم الانحصــار فان كان الترديد بــين الجمــاعات غــير المحصورين ، كأن لــم يعلــم أنــه وقف على الفقــراء أو الفقهــاء أو علــى أولاد زيــد أو أولاد عمــرو •

وهــكذا جــرى عليــه حــكم المــال المجهــول مالــكه من التصــدق ونحوه •

ففى خبـــر أبــى علــى بن راشـــد اشــتريت أرضــا الى جنب ضــيعتى بألفى درهــم ، فلمــا دفعــت المــال خبــرت ان الأرض وقــف فقــال : لا يجـــوز شراء الوقف ، ولا تدخــل الغلة فى ملكك ، ادفعهــا الى من أوقفت عليــه ، قلت : لا أعــرف لها ربــا ، قال : تصــدق بغلتهــا •

وان كــان بــين الجهــات غير المحصورة ، كأن لــم يعــلم أنه وقف علــى المســجد ، أو القنــطرة ، أو نحــو ذلك من الجهــات صرف فى وجــوه البــر غــير الخارج عــن أطــراف الترديد •

وأمــا اذا عــلم المصرف ، لــكن تعــذر صرفه فيــه لانقراضــه ، ففى مثــل الوقف علــى الجمــاعات •

وأما فى الوقف علــى الجهات مثل المسجد والقنطــرة ونحــوهما ، فمقتضى القــاعدة بطــلان الوقف ورجــوعه الى الواقــف أو ورثته ، كمــا فى خــروج العــين الموقــوفة عن الانتفــاع بهــا أو عــدم امكان الصرف عليــه ، لكن المشــهور بقــاء الوقف علــى حاله ، وصرف منافعــه فى وجــوه البــر ، حيث قالــوا : لو وقف علــى مصــلحة فبطل رســمها يصرف فى وجوه البر ، بــل قيــل : لا خلاف فيــه ، الا من المحــكى فى النافع ، حيث أنــه نسبه الى قــول مشــعر بتردده فيـــه •

نعــم عن المســالك التفصــيل بين ما اذا كانت المصــلحة الموقــوفة عليها مما يتعرض

(١) المرجع السابق للطباطبائى اليزدى ج ٢ ص ٢٤٨ ، ص ٢٤٩ مسألة رقم ٢٩ الطبعة السابقة •

غالبـــا ، كالوقف على مصـــلحة مثـــل شجرة التـــين والعنب فيجـــرى عليه حـــكم منقطع الآخـــر من العـــود الى الواقف ، أو وارثه ، وبين ما اذا كان ممـــا يدوم غالبا كالوقف على مصلحة عين ماء مخصـــوص ممـــــا تقضى العـــادة بدوامه فاتفق غوره ، أو قنطـــرة علـــى نهـــر كذلك ، فالمتجه ما ذكـــره المشهور وبـــين ما يكون مشتبه الحـــال كالوقف على مسـجد فى قرية صـــغيرة ، ففى حملـــه على أى الجهتـــين نظـــر ، من أصـــالة البقـــاء ، ومن الشـــك فى حصـــول شرط الانتقـــــال عن مالـــكه مطلقا وعدمه ، فيؤخذ بالقـــدر المتيقن من الخـــروج عن ملكه ، ثم اســـتقرب الأخـــذ بالأقرب الى تلك المصـــلحة •

واســـتدل للمشـــهور بأن الملك قد خـــرج عن ملك الواقف فعـــوده يحتاج الى دليـــل وليس ، فالأصـــل بقـــــاؤه على الوقفيـــة وحيث لا يمـــكن صرفه علـــى ذلـــك المعـــين فيصرف فى وجـــوه البـــر •

واذا علـــم [1] أنـــه وقف داره عـــلى أولاده ، ولـــم يعـــلم أنه علـــى الذكـــور فقـــط ، أو على الأعـــم منهم ، ومن الاناث ، أو علـــم أنه أعـــم ، ولـــكن لم يعـــلم أنه تشريك ، أو ترتيب ، فـــان كان هنـــــاك اطلاق ، كأن علـــم أنه قال : على أولادى ، ولم يعـــلم أنـــه قيـــدهم بالذكور أولا ، أو لم يعـــلم أنـــه قيـــد الاناث بصورة عـــدم الذكـــور أولا ، فمقتضى الأصـــل والاطلاق عـــدم التخصـــص بالذكـــور ، أو عـــــدم التقييـــــد بالترتيب فيحـــــكم بالتســـوية بينهمـــــا •

وكـــذا الحـــال ان شـــك فى تفضـــــيل الذكـــور علـــى الاناث وعـــدمه ، فيقـــال : الأصـــل عـــدم التفضـــيل •

وأما ان لم يعـــلم كيفيـــة الوقف ، ولـــم يـــكن الاطـــلاق معلـــوما ، حتى يقـــال : الأصـــل عـــدم التقييـــد ، فيرجـــــع الأمر الى أن وقفـــه علـــى الذكور معلـــوم ، وعلى الانـــــاث غـــير معلوم ، لكن القـــدر المتيقن للذكور هـــو النصـــف مثـــلا ، فيبقى النصف الآخـــر مرددا بـــين كونه لهم أيضـــا أو هو للانـــــاث ، فيحتمـــل أن يكـــون المرجـــــع القرعة ، لـــكن الأولى الصـــلح القهـــرى ، فيكون للاناث من منـــــافع الوقف الربـــع ، وللذكـــور ثلاثة أرباع ، نظـــير ما اذا تردد الوقف بـــين كونه على زيد فقـــط ، أو عليه وعلى عمرو ، حيث يقال : أن كون النصـــف لزيـــد متيقن ، والنصـــف الآخـــر مردد بينه وبـــين عمـــرو فيحـــكم بالقرعـــة أو الصلح القهـــرى « ودعوى » أن كـــونه وقفـــا على الذكـــور معلـــوم ، وعلى الانـــــاث مشـــكوك مدفـــوع بالأصـــل « مدفوعة » بأنه لا يثبت بذلك كون تمـــامه لزيد ، اذ الأصـــل عـــدم الوقف علـــى زيد أيضـــا بالنسبة الى الزائد علـــى النصـــف •

وبعبـــارة أخـــرى اصـــالة عـــدم شركة الاناث معارضـــة بأصـــالة عدم الاختصاص

---

(1) العروة الوثقى للسيد كاظم الطباطبائى اليزدى ج ٢ ص ٢٧٠ ، ص ٢٧٢ مسألة رقم ٦٥ ومسألة رقم ٦٦ الطبعة السابقة .

بالذكــور ، اذ الشــك يرجــع الى كيفيــة صــدور العقــد ، نعم لو كــان الموقــوف عليــه من المصرف للوقف أن لا يكون المــراد منهــم العمــوم ، ولــم يعــلم أن المصرف هــو الفقــراء فقط أو الأعــم منهم ومــن الفقهــاء ، بحيث لو علــم كونــه أعــم جاز الاقتصــار على أحــدهما ، يمكن أن يقــال : مقتضى أصــالة عــدم الوقف على الفقهــاء كونه بتمــامه للفقــراء ، وهــذا الكلام فى الشــك بين الترتيب والتشريك اذا لم يــكن اطلاق مثــلا اذا علــم أنه وقف على أولاده الذكــور والانــاث ، ولــكن لم يعــلم أن الاناث فى عــرض الذكــور أو بعــد فقدهم، فانه مــع عــدم تحقق الاطــلاق ، يقــال : كون نصــفه مثــلا للذكــور معلوم ، وانما الشــك فى النصــف الآخــر فيحكم بالشركة فيــه من باب الصــلح القهــرى •

وممــا ذكرنا ظهــر أنه لا وجــه لاطلاق ما ذكره المحقق القمى فى أجــوبة مســائله من التشريك مطلقــا ، حيث أنــه فى جــواب سؤال ، حاصله : أنه اذا وقف على أولاده ، ولم يعــلم أنــه على الذكــور أو على الاناث لا بعنــــوان الاطــلاق ، ولا بعنــــوان التقييــد ، ولم تكن الكيفيــة معــلومة كيف تقســم ؟ قال : انــه يقســم على الجميــع بالتســوية ، ثم قال : وهــذا من مهمــات المســائل ، واضطرب فيه العلمــاء ، وأنــا عثرت علــى حكمــه ، وكلهم رجعــوا الى قولى ، فاحفــظ ذلك ، فانــه الحــكم فى كل مورد كــان الموقوف عليــه مشــتبها بــين جمــاعة ، والتحقيق ما ذكرنا ، نعــم لو تردد بــين كونه وقفــا على الذكــور فقــط ، أو على الاناث فقط ، كــان الحــكم ما ذكرناه ان لــم نقــل بالقــرعة •

وفى الأوقــاف العــامة وعلى الجهات اذا شــك فى اعتبــار قيــد أو خصــوصية فى الموقــوف عليه هو فاقــد لهما لم يجــز لــه التصرف الا بعــد احــراز أنــه من أهله ، وان كان الوقف ينطبــق عليــه •

فاذا شــك فى أن المدرســة وقف علــى مطلق المشــتغلين ، أو على خصــوص طالبى الفقــه ، أو على خصــوص الفقــراء مــن المشــتغلين ، أو علــى العــدول منهم ، أو على من لا مســكن لــه أو نحــو ذلك لــم يجــز له الســكنى فيها الا بعــد العــلم بعــدم الشرط ، أو بكونه واجــدا له ، ولا مجــرى لأصــالة عــدم الاشــتراط اذا لم يــكن اطــلاق يمكن التمســك به فى نفــى التقييــد •

وكــذا اذا كــان هنــاك كتب موقوفة على المشــتغلين ، واحتمل اعتبار قيــد لا ينطبق الوقف معــه عليــه وهــكذا •

واذا ترددت العــين[1] الموقــوفة بــين شــيئين ، أو ثلاثة ، كأن لم يعــلم أنــه وقف داره أو دكانه بعــد العــلم بوقــوع عقــد صــحيح جــامع للشرائط علــى أحــدهما ، فالمرجع القرعة أو الصــلح القهــرى بنصف كــل منهمــا •

(١) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٦٨ مسألة رقم ٦ الطبعة السابقة .

مـذهب الاباضــية :

جـاء فى شرح النيــل(١) : أن من احتضر ، وقـال : اجعـلوا كذا من مـالى فى سـبيل اللـه تعـالى ولم يبـين وجـه السـبيل وتشـاكل عليه الحـال ، فان كان سـلاحا أو فرسـا أو ممـا يناسب الجهـاد كالدرع ، فقـد اسـتحسن ابن عبـد العزيز تقـوى المجـاهدين أو المرابطـين به فى رباطهـم ، وهـو ملازمة الثغـر للعـدو ودون ذلك أن يجعـل طعـاما أو لباسـا لهـم فى حـال الخـروج ، أو الاسـتعداد أو الربـاط وما ينفعـهم ، ودون هـذا أن ينفـق فى وجـه الأجـر مطلقـا ، كالنفقة على طلبـة العلم كـل ذلك جـائز •

وان كان عينـا أو نعمـا أو أصلا أو نحو ذلك من العروض ممـا ليس يناسب الجهـاد بذاته ففى سـبيل الله تعـالى وهو الجهـاد والربـاط أو فى حـج أو عمـرة أو عتـق يشـترى به عبد فيعتـق ، أو يكاتب به عبـد ، أو صلة لرحم الموصى ، أو للمساكين ، أو طلبـة العـلم ، أو نحـوها ، مثـل أن يشترى ما يكون صـدقة جارية أو يعـان به فيه كحفر بئر فى طـريق المؤمنين ، حيث لا مـاء ، ففى أى وجـه من وجوه العبـادة جعـل أجزأ •

واذا أوصى لسـفن المسـلمين فاذا عنى الجهـاد جعـل فيهـا اذا خرجوا للجهاد •

وضـابط ذلك أن يجعـل فيمـا يناسب الشىء كالفـرس والسـلاح للجهاد ، وان لم يناسـب ففى الجهـاد أو وجـوه الأجـر ، والا فـرق علـى فقرائهم ، وان لم يـكن العـدل وقف حتى يـكون العـدل وجعـل فيهـا •

وجـازت الوصـية للشراة فان لم يكونوا انتظـر وجودهم ويدفعها للامـام ، ويعلمه أنهـا لهـم •

وقيـل : ان لم يجـد فيهـا حـدا ولم يوجـد فيهم أحـدا أعطيت فقراء المسلمين لأنهـم من الشراة •

الاشْتِبَاهُ فِى الْوَصِيَّة

مـذهب الحنفيـة :

جـاء فى بدائع الصنائع(٢) : أنه يشترط فى الموصى لـه أن لا يكون مجهـولا جهـالة لا يمكن ازالتهـا ، فان كـان ، لـم تجـز الوصية له ، لأن الجهـالة التى لا يمـكن اسـتدراكها تمنـع من تسـليم الموصى به الى الموصى له ، فلا تفيـد الوصـية •

وعلى هـذا يخـرج ما اذا أوصى بثـلث ماله لرجـل من النـاس أنـه لا يصح بلا خـلاف ، ولو أوصى لأحـد هـذين الرجلين صـح عنـد صـاحبى أبى حنيفة رضى الله تعـالى عنهـم •

---

(١) شرح النيل وشـفاء العليـل لمحمد ابن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٢٨٦ ، ص ٢٨٧ الطبعة السابقة .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٧ ص ٣٤٠ الطبعة السابقة .

غـير أن أبا يوسـف رحمه اللـه تعـالى يرى أن الوصـية تكون بينهمـا نصـفين •

أما محمـد رحمـه الله تعالى فـيرى أن الخيـار الى الوارث يعطى أيهمـا شـاء ، وذلك لأن الايجـاب وقـع صـحيحا ، لأن أحدهمـا وان كان مجهولا ولكن هـذه جهالة تمكن ازالتهـا ، الا ترى أن الموصى لو عـين أحدهمـا حـال حيـاته لتعـين •

ثم ان محمـدا يقـول : أن الموصى لمـا مـات عجـز عن التعيين بنفسـه فيقـوم وارثـه مقـامه فى التعيين •

أما أبو يوسف فيقـول : أنـه لمـا مات الموصى قبـل التعيين شـاعت الوصية لهمـا وليـس أحدهمـا بأولى من الآخـر ، كمن أعتـق أحـد عبديه ، ثم مـات قبل البيان ، فان العتـق يشيع فيهمـا جميعـا ، فيعتق من كـل واحـد منهما نصـفه ، كذا ها هنا ، يكون لـكل واحـد منهما نصـف الوصية •

أما أبو حنيفـة[1] رحمـه الله تعالى فان ذلك لا يصـح عنـده لأن الوصـية تمليك عنـد الموت فاسـتدعى كـون الموصى لـه معـلوما عند المـوت ، بينمـا الموصى لـه هنـا عند المـوت مجهـول ، فلـم تصـح الوصـية من الأصـل ، لمـا لو أوصى لواحد من النـاس فلا يمكن القـول بالشـيوع ،

(١) المرجع السابق للكاسانى ج ٧ ص ٣٤٢ الطبعة السابقة .

ولا يقـام الوارث مقـام الموصى فى البيان ، لأن ذلك حـكم الايجـاب الصحيح ، ولـم يصـح ، الا أن الموصى لو بـين الوصـية فى أحدهمـا حـال حيـاته صـحت ، لأن البيان انشـاء الوصـية لأحـدهما ، فكان وصـية مسـتأنفة لأحدهمـا عينـا ، وأنها صحيحـة •

ولو كان لـه عبـدان فأوصى بأرفعهمـا لرجل وبأخسـهما لآخر ثم مـات الموصى ثم مـات أحـد العبدين ، ولا يـدرى أيهما هو فالوصـية بطلت فى قـول أبى حنيفة وزفر رحمهمـا الله تعـالى ، سـواء اجتمعا على أخـذ البـاقى ، أو لـم يجتمعـا •

وقـال أبو يوسف رحمـه الله تعـالى : ان اجتمعـا علـى أخـذ الباقى فهو بينهما نصـفان ، وان لم يجتمعـا علـى أخـذه فـلا شىء لهمـا •

وروى عن أبى يوسف رحمـه الله تعـالى أنه بينهمـا نصـفان سـواء اجتمعـا أو لم يجتمعـا •

وعلـى هـذا يخـرج الوصـية لقـوم لا يحصـون أنهـــا باطلة اذا لم يكن فى اللفظ ما ينبىء عن الحـاجة ، وان كـان فيه ما ينبىء عن الحـاجة فالوصـية جـائزة ، لأنهـم اذا كانوا لا يحصـون ، ولم يذكـر فى اللـفظ ما يـدل علـى الحـاجة وقعت الوصـية تمليكا منهم ، وهم مجهـولون ، والتمليـك من المجهـول جهـالة لا يمـكن ازالتهـا لا يصـح •

ثم اختلف فى تفسير الاحصاء .

قال أبو يوسف : أن كانوا لا يحصون الا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون .

وقال محمد : ان كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون .

وان كان فى اللفظ[1] ما يدل على الحاجة كان وصيته بالصدقة وهى اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى لواحد معلوم ، فصحت الوصية .

ثم اذا صحت الوصية فالأفضل أن يعطى الثلث لمن يقرب اليه منهم .

فان جعله فى واحد فما زاد جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف .

وعند محمد لا يجوز الا أن يعطى اثنين منهم فصاعدا .

ولا يجوز أن يعطى واحدا الا نصف الوصية .

وبيان هذه الجملة فى مسائل .

اذا أوصى بثلث ماله للمسلمين لم تصح لأن المسلمين لا يحصون ، وليس فى لفظ المسلمين ما ينبىء عن الحاجة فوقعت الوصية تمليكا من مجهول ، فلم تصح .

ولو أوصى لفقراء المسلمين أو المساكين صحت الوصية ، لأنهم ان كانوا لا يحصون ، لكن عندهم اسم الفقير والمسكين ينبىء عن الحاجة ، فكانت الوصية لهم تقربا الى الله تبارك وتعالى طلبا لمرضاته لا لمرضاة الفقير .

وروى بشر عن أبى يوسف[2] رحمه الله تعالى فى رجل أوصى بثلث ماله لرجل مسمى ، وأخبر الموصى أن ثلث ماله ألف ، أو قال هو هذا ، فاذا ثلث ماله أكثر من ألف فان أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال : ان له الثلث من جميع ماله ، والتسمية التى سمى باطلة لا ينقض الوصية خطؤه فى ماله انما غلط فى الحساب ، ولا يكون رجوعا فى الوصية وهذا قول أبى يوسف ، لأنه لما أوصى بثلث ماله فقد أتى بوصية صحيحة ، لأن صحة الوصية لا تقف على بيان مقدار الموصى به ، فوقعت الوصية صحيحة بدونه ، ثم بين المقدار وغلط فيه ، والغلط فى قدر الموصى به لا يقدح فى أصل الوصية ، فبقيت الوصية متعلقة بثلث جميع المال ، ولأنه يحتمل أن يكون هذا رجوعا عن الزيادة على القدر المذكور ، ويحتمل أن يكون غلطا فوقع الشك فى بطلان الوصية ، فلا تبطل مع الشك ، على الأصل المعهود ، أن الثابت بيقين لا يزول بالشك .

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٧ ص ٣٤٣ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للكاسانى ج ٧ ص ٣٨١ الطبعة السابقة .

مــذهب المالــكية :

جــاء فى التــاج والأكليل[١] : ان من قال فى وصــيته ثلث مالى لفلان وللمســاكين ، أو قـــال فى الســبيل والفقــراء واليتــامى قســم بينهـــم بالاجتهــاد ، لا أثــلاثا ، ولا أنصـــافا .

قـــال ابن الحــاجب : ان أوصى بثلثــــه لزيــد والفقــراء ، أعطــى زيــدا بالاجتهاد فان مــات قبــل القسم فلا شىء لورثتــه ويكون جميــع الثلث للمســاكين وقال أيضا أن كان فى الوصــية مجهــول كوقود مصباح علــى الدوام ، أو تفــرقة خبــز ونحــوه ضرب له بالثلث ووقفــت حصــته .

ونقـــل عن المــدونة[٢] أنـــه ان كانت الوصــية لقــوم مجهولين لا يعــرف عددهم لكثرتـــهم ، كقــوله على بنى تميــم ، أو المســاكين ، فانما يكون ذلك لمن حضر القسمة منهـــم .

ومن أوصى بعتـــق[٣] نســمة تشــترى ، ولم يســم ثمنــا أخرجت بالاجتهــاد بقدر قلة المــال وكثرته ، وكــذا ان قـــال عــن ظهـــار .

(١) التـــاج والاكليل للمواق هامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٣٧٥ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق المعروف بالحطاب ج ٦ ص ٣٧٤ الطبعة السابقة .

(٣) التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٣٧٦ الطبعة السابقة .

مــذهب الشــافعية :

جــاء فى المهــذب[٤] : ان الوارث ان أجاز ما زاد علــى الثلث ثم قــال أجزت لأنــى ظننت أن المــال قليــل ،وان ثلثه قليــل . وقــد بان أنه كثــير ، لزمت الأجازة فيمــا عــلم ، والقــول قوله فيمــا لم يعـــلم مع يمينــه ، فاذا حــلف لم يلزمه ، لأن الاجازة فى أحــد القــولين هبـــة ، وفى الثــانى اســقاط ، والجميــع لا يصــح مــع الجهل بــه .

وان أوصى بعبــد فأجازه الوارث ، ثــم قـــال أجــزت ، لأنى ظننت أن المــال كثــير وقد بان أنـــه قليـــل ففيـــه قولان .

أحـــدهما أن القـــول كالمســألة قبلهـــا .

والثـــانى أنه يلزمه الوصـــية ، لأنه عرف ما أجــازه .

ويخـــالف المســألة قبلهـــا فان هنـــاك لم يعـــلم ما أجـــازه .

وان أوصى[٥] له بثمرة بســتانه فان كانت موجــودة اعتبرت قيمتهــا من الثلث ، وان لم تخـــلق ، فان كانت على التأبيـــد ففى التقويم وجهـــان .

(٤) من كتاب المهذب للفيروزابادى الشيرازى ج ١ ص ٤٥٠ ، ص ٤٥١ الطبعة السابقة .

(٥) المرجع السابق للشيرازى ج ١ ص ٤٥٥ الطبعة السابقة .

أحدهما يقوم جميع البستان .

والثانى يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ، ويعتبر ما بينهما من الثلث ، فان احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقى من البستان ، وان احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث ، يشاركه فيه الورثة فان كان الذى يحتمله النصف ، كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف ، وللورثة النصف .

وان أوصى بطعام[١] معين فخلطه بغيره كان ذلك رجوعا ، لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه .

فان وصى بقفيز من صبرة ، ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعا ، لأن الوصية مختلطة بمثلها ، والذى خلطه به مثله فلم يكن رجوعا ، فان خلطه بأجود منه كان رجوعا ، لأنه أحدث فيه بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها .

فان خلطه بما دونه ففيه وجهان .

أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه ليس برجوع ، لأنه نقص أحدثه فيه فلم يكن رجوعا ، كما لو أتلف بعضه .

والثانى أنه رجوع ، لأنه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه .

فان نقله الى بلد أبعد من بلد الموصى له ففيه وجهان .

أحدهما أنه رجوع ، لأنه لو لم يرد الرجوع لما أبعده عنه .

والثانى أنه ليس برجوع لأنه باق على صفته .

وجاء فى نهاية المحتاج[٢] : أنه اذا اجتمع تبرعات متعلقة بالموت ، وعجز الثلث عنها ، فان تمحض العتق ، كأعتقتكم أو أنتم أحرار ، أو سالم وغانم وخالد أحرار بعد موتى ، أو سالم حر بعد موتى ، وغانم كذلك ، أو دبر عبدا ، أو أوصى باعتاق آخر أقرع ، سواء أوقع ذلك معا أم مرتبا ، فمن أقرع عتق منه ما يفى بالثلث به لأن مقصود العتق التخلص من الرق ، ولا يحصل مع التشقيص أو تمحض غيره قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة ، أو المقدار ، لعدم المرجح مع اتحاد وقت الاستحقاق .

فلو أوصى لزيد بمائة ، ولبكر بخمسين ، ولعمرو بخمسين ، ولم يرتب ، وثلثه

(١) من كتاب المهذب للشيرازى ج ١ ص ٤٦٢ الطبعة السابقة .

(٢) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشبراملسى وبهامشه المغربى ج ٦ ص ٥٦ ، ص ٥٧ طبع شركة مكتبة مطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

مائة • اعطى الأول خمســـــين ، وكل من الأخيرين خمســـة وعشرين •

أو اجتمـــع هو أى العتـــق وغـــيره ، كأن أوصى بعتـــق ســـالم ولزيـــد أو الفقـــراء بمـــائة ، أو عـــين مثليـــة أو متقومة قســـط الثلث عليهمـــا بالقيمـــة أو مـــع المقـــدار ، لاتحـــاد وقت الاستحقاق ، نعم لو تعـــدد العتـــق أقـــرع فيما يخصـــه ، أو دبر قنـــه وهو بمـــائة ، وأوصى له بمـــائة وثلث مـــاله مائة قدم عتقـــه ، ولا شيء له بالوصية •

وفى قـــول يقـــدم العتق لقـــوته •

أما لو اعتبـــر الموصى وقوعهـــا مرتبـــة كأعتقـــوا ســـالما ، ثم غانمـــا ، أو فغانمـــا وأعطـــوا زيـــدا مائـــة ، ثم عمـــرا مائـــة ، وكأعتقـــوا ســـالما ، ثم أعطـــوا زيـــدا مائة فلابد من تقـــديم ما قدمه ، أو اجتمـــــع تبرعات منجـــزة مرتبة بالفعـــل ، كأن أعتق ، ثم تصـــدق ، ثم وقف ، ثم وهب وأقبـــض ، وكقـــوله ســـالم حر وغانم حر لا حـــران قـــدم الأول فالأول ، حتى يتم الثلث لقوته لســـبقه ، وما زاد يتوقف على الاجازة ، ولو تأخر القبض عن الهبة ، اعتبر وقتـــه ، لأن الملك متوقف عليـــه ، نعـــم المحاباة فى نحـــو بيـــع غـــير مفتقرة لقبـــض ، لأنهـــا تابعـــة فان وجدت دفعـــة بضـــم الدال ، واتحـــد الجنـــس كعتـــق عبيـــد أو ابـــراء جمـــع كأعتقتكم أو أبرأتكم أقـــرع فى العتق ، لخبر مســـلم ، ان رجلا أعتـــق ستة لا يملك غيرهم عنـــد موتـــه ، فدعاهم رســـول الله صـــلى اللـــه عليـــه وســـلم ، فجـــزأهم أثـــلاثا ، وأقرع بينهـــم ، فأعتـــق اثنين ، وأرق أربعة وقســـط فى غـــيره باعتبار القيمة أو المقدار •

وفيمـــا اذا كان فيهـــا حج تطوع يعتبر أجـــرة المثـــل ، لأنهـــا قيمـــة المنفعـــــة ، ولا يقـــوم على غـــيره فيمـــا يظهـــر •

ولو أعتقهمـــا وشـــك فى الترتيب والمعيـــة عتـــق من كل نصـــفه ، وكالشك ما لو عـــلم ترتيب دون عـــين الســـابق ، أو نســـيت ، أى ولـــو لـــم يرج بيـــانها وان اختـــلف الجنس •

وصـــورة وقوعهـــا معـــا حينئذ أما بأن قيـــل له أعتقت وأبرأت ووقفت ، فيقـــول نعـــم ، أو بأن تصرف وكـــلاء لـــه فيها ، بأن وكـــل وكيـــلا فى هبـــة وقبض ، وآخـــر فى صـــدقة ، وآخـــر فى ابراء وتصرفوا معـــا فان لم يـــكن فيهـــا عتـــق قسـط الثـــلث عليهـــا ، وان كـــان فيهـــا عتـــــق قســـط الثلث ، وأقـــرع فيما يخـــص العتـــق •

وفى قـــول يقـــدم العتق •

ولـــو اجتمـــع منجـــزة ومعلقة بالمـــوت قدمت المنجـــزة للزومهـــا •

ولـــو كان له عبـــدان فقـــط أى لا ثالث لـــه غـــيرهما ، ولا يخـــرج مـــن الثـــلث الا أحدهمـــا ســـالم وغـــانم وهـــو يخـــرج من ثلثـــه وحـــده ، فقـــال : ان أعتقت غانما فســـالم حـــر سواء أقال فى حـــال اعتـــاقى غانمـــا أم لا ثم أعتـــق غانمـــا فى مرض موته عتق غانم ، ولا أقراع ، لاحتمال أن تخرج

القرعــة بالحــرية لســالم ، فيلزم ارقاق غــانم فيفوت شرط عتــق ســالم .

ولو أوصى بعــين حاضرة هى ثلث مــاله وبــاقيه ديــن أو غــائب وليس تحت يــد الوارث ، لم تدفــع كلهــا اليه فى الحــال ، لاحتمــال تلــف الغــائب ، فــلا يحصــل للورثة ما حصــل له .

مــذهب الحنــــابلة :

قال الخرقى : اذا أوصى لشخص بمثل[1] نصيب أحد ورثته ولم يســمه كان له مثــل ما لأقلهم نصيبا ، كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، وهم ابن وأربــع زوجات ، فتــكون صــحيحة مــن اثنــين وثلاثــين ســهما ، للزوجــات الثمن ، وهــو أربعــة ، وما بقى فللابن ، فزد فى ســهام الفريضــة مثــل حظ امرأة من نســائه فتصــير الفريضــة مــن ثلاثة وثلاثــين ســهما ، للموصى له ســهم ، ولكل امرأة ســهم ، وما بقى فللابن .

وجمــلة ذلك : انه اذا أوصى شخص بمثل نصــيب أحــد ورثته غــير مســمى .

فان كــان الورثة يتســاوون فى المــيراث كالبنــين ، فله مثــل نصيب أحــدهم مزادا على الفريضــة ، ويجعــل كواحد منهــم زاد فيــــهم .

وان كانــوا يتفاضــلون كمسألة الخرقى فله مثــل نصيب أقلهم مــيراثا يزاد علــى فريضــتهم .

وان أوصى بنصــيب وارث معــين فلــه مثــل نصــيبه مزادا على الفريضــة ، وهذا قــول الجمهــور ، لأنــه جعــل وارثه أصلا وقاعدة حمــل عليــه نصيب الموصى له وجعله مثــلا له ، وهــذا يقتضى أن لا يزاد أحدهما على صــاحبه ، ومتى أعطى من أصــل المال ، فمــا أعطى مثــل نصــيبه ولا حصــلت له التسوية والعبــارة تقتضى التسوية ، وانمــا جعل له مثل أقلهم نصيبا ، لانــه اليقين ، وما زاد فمشكوك فيــه ، فلا يثبت مــع الشــك

ولــو قــال أوصــيت بمثــل نصــيب أقلهم ميراثا ، كان كمــا لو أطلق ، وكــان ذلــك تأكيـــدا .

وان قـــال أوصــيت بمثــل نصـــيب أكثرهم مــيراثا فلــه ذلك مضافا الى المسألة فيــكون له فى مســـألة الخــرقى ثمانيــة وعشرون تضــم الــى الفريضــة فيــكون الجميــع ســتين ســهما .

وان أوصى[2] بشىء معــين ، ثــم خلطــه بغــيره على وجــه لا يتميز منــه ، كــان رجــوعا ، لأنــه يتعــذر بذلك تســـليمه فيــدل على رجــوعه .

فان خلطــه بما يتميــز منــه لم يــكن رجوعا ، لأنــه يمكن تســليمه .

---

(١) المغنى لابن قدامة المقــدسى وبهامشه الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٤٨ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج ٦ ص ٤٨٧ الطبعة السابقة .

وان وصى بقفيز قمـــح من صـــبرة ، ثـــم خلطهـــا بغـــيرها ، لم يكن رجوعا ، ســـواء خلطهـــا بمثلها ، أو بخـــير منهـــا ، أو دونها ، لأنـــه كان مشـــاعا ، وبقى مشـــاعا .

وقيـــل : ان خلطـــه بخـــير منـــه كـــان رجوعا ، لأنـــه لا يمكن تســـليم الموصى به الا بتســـليم خـــير منـــه ، فصـــار متعـــذر التســـليم ، بخـــلاف ما اذا خلطـــه بمثـــله أو دونـــه .

وجـــاء فى قـــواعد ابن رجب[١] : أنـــه اذا وصى لجـــاره محمـــد ، وله جاران بهذا الاســـم ، فهـــل تبطـــل الوصـــية ، أو تصح ويميـــز أحـــدهما بالقرعـــة ؟ وكذا من وهب أحد أولاده وتعـــذر الوقوف على عينـــه أو وقف عليـــه واشـــتبه فيهم أقـــرع بينهم .

مـــذهب الظـــاهرية :

مـــن أوصى بعتـــق[٢] رقيق له لا يملك غـــيرهم ، أو كانوا أكثر من ثلاثة لم ينفـــذ من ذلك شيء الا بالقـــرعة ، فمن خرج سهمه صـــح فيه العتق ، ســـواء مات العبـــد بعد الموصى ، وقبل القـــرعة ، أو عاش الى حـــين القرعـــة .

ومن خـــرج ســـهمه كان باقيا على الرق ســـواء مات قبـــل القرعـــة أو عاش اليها .

فان شرع الســـهم فى بعض مملوك عتـــق منـــه ما حمـــل الثلث بلا استســـعاء ، وعتق باقيـــه واستســـعى للورثة فى قيمـــة ما بقى منـــه بعـــد الثلث .

فلو سماهم بأســـمائهم بدىء بالذى سمى أولا فأولا ، فاذا تم الثلث رق الباقـــون ، فلو شرع العتـــق فى بعـــض مملوك أعتـــق كلـــه واستسعى للورثة فيمـــا زاد منـــه على الثلث ، فلو أعتـــق جـــزءا مسمى من كـــل مملوك منهـــم باســـمه أعتـــق ذلك الجـــزء ان كـــان الثلث فأقـــل ، وأعتـــق باقيهم ، واستسعوا فيما زاد على الثلـــث ، أو فيمـــا زاد على ما أوصى به ممـــا هـــو دون الثلث .

فان أعتـــق من كل واحـــد منهـــم باسمه أو جملة أكثر من الثلث ، أقـــرع بينهم ان أجملهم ، فاذا تم الثلث رق الباقـــون ، الا أن يشرع العتـــق فى واحـــد منهم ، فيعتـــق ، ويستسعى فيما زاد علـــى الثلث ، ويبـــدأ بالأول فالأول ان ســـماهم بأسمائهم ، فاذا تم الثلث رق البـــاقون ، الا من شرع فيـــه العتـــق ، فانه يستسعى فيمـــا زاد منه على الثلـــث .

برهـــان صـــحة قولنـــا أنـــه اذا أعتـــق فى وصـــيته الثلث من كل واحـــد منهم فأقل، فانه لم يتعـــد ما أمره الله تعـــالى ، اذ له أن يوصى بالثلث فينفـــذ قوله .

وقـــد صح عن النبى صـــلى الله عليـــه وســـلم ما أوردناه فى كتـــاب العتـــق مـــن ديواننـــا هـــذا باســـناده فيمن أعتـــق شركا

(١) من كتاب القواعد لابن رجب الحنبلى ج ١ ص ٣٥١ الطبعة السابقة .
(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٣٤٢ و ص ٣٤٣ ، ص ٣٤٤ المســألة رقم ١٧٦٧ الطبعة السابقة .

له فى مملوك ، فانه حر كله ، ويستسعى فى حصة شريكه ، والورثة ههنا الشركاء للموصى فقد عتق المماليك كلهم بحكم الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ، ويستسعون فى حصة الورثة .

وأما اذا أعتق فى وصيته جميعهم وسماهم بأسمائهم أو أعتق فى وصيته أكثر من ثلث كل واحد منهم ، وسماهم بأسمائهم ، فباليقين يدرى كل مسلم ان أول من سمى منهم فانه لم يجر فى ذلك ولا خالف الحق ، بل أوصى كما أبيح له فهى وصية بر وتقوى ، وهكذا حتى يتم الثلث فوجب تنفيذ وصيته لصحتها ، وان يستسعى المعتقون فى حصص الورثة الذين هم شركاء الموصى حين وجوب الوصية ولم يعتقوا حصصهم ، وكان الموصى فى وصيته فيما زاد على ثلثه مبطلا عاصيا مخالفا للحق ان كان عالما أو مخطئا مخالفا للحق فقط معفوا عنه ان كان غير عالم والباطل عدوان فقط أو أثم وعدوان ساقط لا يحل انفاذه ، قال الله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان[1] » فوجب ابطال مازاد على الثلث كما ذكرنا .

وأما اذا أجمل فى وصيته عتقهم ، أو أجمل عتق ما زاد على الثلث من كل واحد منهم فى وصيته ، فبالضرورة والمشاهدة يدرى كل مسلم أنه خلط الوصية بعتق من لا يجوز له أن يوصى بعتقه مع الوصية بعتق من لا يحل له أن يوصى بعتقه ، ولا يدرى غير الله تعالى أيهم المستحق للعتق ، وأيهم لا ، فصاروا جملة فيها حق الله تعالى فى أحرار ، أو فى حر لا يعرف بعينه ، وفيها حق للورثة فى رقيق لا يعرف بعينه ، فلابد من القسمة ليميز حق الله تعالى من حق الورثة ، كما أمر الله عز وجل أن يعطى كل ذى حق حقه ، ولا سبيل الى تمييز الحقوق والانصباء فى القسمة الا بالقرعة ، فوجب الاقراع بينهم ، فأيهم خرج عليه سهم العتق ، علمنا أنه الذى استحق العتق بموت الموصى ، وأنه هو حق الله تعالى من تلك الجملة ، مات قبل القرعة ، أو لم يمت ، وأيهم خرج عليه سهم الرق علمنا أنه لم يوص فيه الموصى وصية جائزة ، وأنه هو حق الورثة من تلك الجملة قد ملكوه بموت الموصى ، مات قبل القرعة أو لم يمت .

فان شرع العتق فى مملوك أعتق واستسعى فيما زاد منه على ما عتق بالقرعة ، لأن الورثة شركاء الموصى فيه .

وهكذا كل ما أوصى فيه بالثلث فأقل من حيوان أو عقار أو متاع ، ولابد من تمييز حق الوصية من الورثة ، ولا يكون ذلك الا بتعديل القيمة والقرعة .

وقد جاء أيضا فى هذا أثر صحيح

---

(١) الآية رقم ٢ من سورة المائدة .

يؤكـد ما قلنــا ولو لم يأت لكــان الحــكم ما وصــفنا لمــا ذكرنا من وجــوب تمييز حق الوصــية من حــق الورثة .

روينــا من طــريق مسلم حدثنـــا اسحاق ابن ابراهيم ــ هو ابن راهويه ــ وابن أبى عمر كلاهمــا عن الثقفى ــ هو عبد الوهــاب ابن عبد المجيــد ــ عن أيوب الســختيانى عن أبى قلابة عن أبى المهلب عن عمران بن الحصــين : ان رجــلا أوصى عند موته فأعتق ســتة مملوكين له لم يكن له مــال غــيرهم فدعــا بهم النبى صــلى الله عليه وســلم فجزأهم اثلاثا ، ثم أقرع بينهم ، فأعتــق اثنين ، وأرق أربعة ، وقال له قولا شــديدا .

مــذهب الزيديــة :

جــاء فى شرح الأزهــار[1] : أنــه اذا أوصى لشــخص أن يقرأ على قبــره بشىء من ماله ، ثم التبس موضــع قبره .

فان عرف قصــده عمــل بــه .

وان لم يعــرف فالأقرب أن يقرأ فى أى موضــع على قــول البعــض .

ويبطــل على قــول البعــض الآخــر .

وهــكذا ان حصــل عــذر من مطــر أو نحـــوه .

وجــاء فى البحــر الزخــار[2] : أنــه لو أوصى بطعــام متميز ثم خلطــه بغــيره كان رجــوعا ، اذ لا يمكنه تســليم ما عينــه .

فان أوصى بصــاع من صــبرة ثم خلط الصبرة بمثلهــا لم يكن رجــوعا ، لاختلاطه من قبــل .

وان خلطهــا بأفضل منهــا كان رجــوعا ، اذ أحــدث بالخلط زيادة لم يرض بتمليــكها الغــــير .

مــذهب الامامـيــة :

جـــاء فى الخـــلاف[3] ا انــه اذا أوصى لرجــل بــكل ماله ، ولآخر بثلث ماله ، فان بدأ بصــاحب الــكل ، وأجازت الورثـــة ، أخــذ الــكل ، وســقط الآخــر ، وان بــدأ بصــاحب الثلث وأجــازت الورثة ، أخــذ الثــلث والباقى وهو الثلثــان ، لصــاحب الــكل .

فان اشــتبها اســتعمل القرعة على هــذا الوجـــــه .

فان لم تجــز الورثة وبدأ بصــاحب الكل، أخــذ الثلث ، وســقط الآخر .

---

(١) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار وهامشه ج ٢ ص ١٨٧ الطبعة السابقة .

(٢) من كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لابن يحيى المرتضى ج ٥ ص ٣٢٠ . ص ٣٢١ الطبعة السابقة .

(٣) من كتـــاب الخلاف فى الفقه الاســـلامى الجعفرى للطوسى ج ٢ ص ٩٢ الطبعة السابقة

وان بدأ بصاحب الثلث أخذ الثلث وسقط صاحب الكل ، فان اشتبها استخرج بالقرعة .

وجاء فى الروضة البهية[١] : أنه لو فعل الموصى ما يبطل الاسم ويدل على الرجوع مثل خلطه بالأجود بحيث لا يتميز فان ذلك يعتبر رجوعا فى الوصية وانما قيده بالأجود ، لافادته الزيادة فى الموصى به ، بخلاف المساوى والأردأ .

وفى الدروس لم يفرق بين خلطه بالأجود وغيره ، وفى كونه رجوعا .

وفى التحرير لم يفرق كذلك فى عدمه .

والأنسب عدم الفرق .

وتوقف كونه رجوعا على القرائن الخارجية .

فان لم يحكم بكونه رجوعا يكون مع خلطه بالأجود شريكا بنسبة القيمتين .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل[٢] : أنه ان أوصى شخص بكذا وكذا لها ، مثل أن يوصى لها بمائة دينار ، فجعل لكل صنف منها عددا معلوما ، مثل أن يجعل للكفارات ثلاثين ، وللعتق أربعين ، وللزكاة عشرين ، ولزيد عشرة ، وذلك مائة ، ثم مات فتشاكل ما أوصى به من المال لها أمائة أو أقل أو أكثر أو ما لكل وصية ، هل للكفارات ثلاثون ، أو أقل ، أو أكثر ، وكذا الزكاة وزيد ، أو عدد وصاياه ، هل أوصى بكفارة ، أو كفارتين ، أو ثلاث كفارات ، أو أكثر ، ولم يوص بكفارة ، ولم يوص بالزكاة ، أو لم يوص لزيد ، أو هل أوصى بزكاة وكفارة وانتصال ، وغير ذلك ، أو بكذا وكذا من ذلك فقط .

فان كان التشاكل بتضييع وارث أو خليفة ، بأن أهمل ما كتبت فيه الوصية، أو أتلفه ، أو أهمل تقييد الشهادة ، وقد وجد من يشهد حتى نسى الشهود ، أو ماتوا وقد حفظ عن الميت فضيع حتى نسى أو ما أشبه ذلك ، ضمن المضيع انفاذها كما أوصى به الموصى .

فان ضيعا جميعا ضمنا بحسب ما ضيع كل منهما .

وان لم يضيع أحدهما ، ضمن الذى ضيع .

وان لم يكن الا الوارث أو الا الخليفة فضيع ضمن وان لم يكن تضييع فلا ضير على الوارث ولا الخليفة من ضمان والا أثم ، ويوقف حتى يتضح الأمر ما دون الثلث ان كان ذلك يخرج منه ، والمراد الثلث وما دونه ، فان كان لا يكفى الا الثلث وقف الثلث ، وان كان يكفى ما دونه وقف قدر ما يكفى وقسموا ما بقى وان كانت كلها تخرج من الكل ، أو كان

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ٥٨ الطبعة السابقة .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل لمحمد ابن يوسف بن أطفيش ج ٦ من ص ٤٦٥ الى ص ٤٦٦ الطبعة السابقة .

فيها خارج من الكل ، وخارج من الثلث ، وقف المال كله ، حتى يتضح الأمر ، لقول الله تعالى « ولا تقف ما ليس لك به علم(١) » .

وقيل ان جهل المال المجعول لا نفاذ الوصايا أو عدد الوصايا ، اجتهد الوارث والخليفة ، وانفذا على قدر اجتهادهما ، لضرورة عدم رجاء البيان مع تحقق أصل ما جهل ، فيجرى على الظن حوطة ، مثل ألا يعلما ألا الميت يحلف كثيرا ،فلعله يحنث فينفذون كفارة مرسلة ، أو كفارتين فصاعدا ، وكفارة مغلظة فصاعدا ، أو يحلف بالعتق فيعتقون عنه ، أو علموا بحلفه ولو مرة ، ولم يعلموا ببره فى يمينه فيكفرون المرسلة أو المغلظة بحسب يمينه ، أو يعرفونه يجامع فى الحيض ونحوه ، فينفذون عنه دينارا لفراش أويعرفونه يأكل أموال الناس ، فان علموهم أعطوهم ، والا تصدقوا عنهم للفقراء ، أو يعرفونه يمنع الزكاة ، فينفذون فى الزكاة ، أو أقر لهم بموجب زكاة ، أو كفارة أو غيرهما ، ولم يقل أنى قد تخلصت منه فينفذونه ، أو يعرفونه يأكل حق الجار ، أو لا يصل أرحامه فيعطونهم .

ويعطون الأقرب فالأقرب ان ترك مالا كثيرا أو قليلا كما ذكر فى وصية الأقرب .

(١) الآية رقم ٣٦ من سورة الاسراء .

أو يعرفونه يقبل الكبائر فيكثرون له الكفارات أو يعرفون بوجوب الحج والعمرة عليه فينفذونهما وهكذا .

وأموال الناس مقدمة ، ثم الزكاة والحج والعمرة ، ثم الكفارات .

وينفذون عنه ما يوصى به أهل تلك البلدة غالبا .

وقيل : ان علموا جملة المال المجعول للوصية لا عددها ، أى عدد الوصية ولا تعيينها ، فكذلك يجتهدان وينفذان وان علم بالبناء للمفعول — عددها لا جملته وفنونها ، وذلك أن يعلموا أنه أوصى لشيئين ، أو ثلاثة أو أكثر ، لكن لا يدرى هل ذلك الشيئان الكفارة والزكاة أو الكفارة والأقرب ، أو الزكاة والحج ، أو زيد وعمرو ، أو نحو ذلك ، أو لا يدرى تلك الأشياء هى جميع ما ذكرنا ، أو ثلاثة منه أو أكثر أو نحو ذلك كله وغيره كالمسجد والانتصال ، أو نحو ذلك اجتهدا أيضا ، وأنفذ ما هو الثلث أى الثلث وأقل ، وهكذا جرت عادتهم أن يقولوا رحمهم الله تعالى ما دون الثلث ، ومرادهم الثلث وأقل .

وان لم يكن الا الوارث أو الا الخليفة وقف أو اجتهد كذلك على تلك الأقوال .

وأعلم أن تلك الأقوال كلها انما تثبت أن بلغ الورثة وعقلوا وحضروا ، وان كانوا كلهم مجانين ، أو أطفالا ، أو غيابا ، أو بعضهم طفلا وبعض مجنونا وبعض

غائبا ، أو كانوا من نوعين فقط من جنون وطفولية وغيبة وقف الخليفة ذلك •

وان كان فيهم طفل ، أو مجنون ، أو غائب ، أو نوعان من ذلك ، أنفذ البالغ الحاضر منابه منه أى من الثلث بحسب اجتهاده فيما ينوبه يجتهد فى الحساب على الكل ، ولا يعطى الا على نفسه ، ويترك مناب الطفل والمجنون والغائب حتى تزول الطفولية والجنون والغيبة ، فيوقف أيضا أو يجتهد ذلك الذى زالت عنه حاله وحده فى منابه ، أو مع الخليفة أو مع الوارث الآخر ، أو يترك الخليفة مناب الكل ان كان الكل أطفالا أو مجانين أو غيابا الى البلوغ أو الافاقة أو القدوم •

وان علم ما لكل وصية ، مثل أن يعلم أن للكفارة كذا ، وللزكاة كذا وللانتصال كذا وهكذا ، ثم نسيت الوصية ، فلم يدروا هل أوصى بالكفارة،أو بكذا ، أو بكذا،لا التعيين، بأن علموا أن نوعا أوصى له بكذا ، ونوعا أوصى له بكذا ، ولا يدرون ما لذلك النوع الذى له كذا ، أخذ الورثة والخليفة عدد ما أوصى به من المال ان وسعه الثلث ، والا أخذوا الثلث ، وان كانت من الكل أخذوا مقدارها ، وينتظرون فى ذلك بيان ما جهل •

وقيل : لا ينتظرون ، بل ينفذون باجتهاد •

وكذا ان بان لهم ما أوصى به من المال فى الوجوه المذكورة التى هى أن يتبين عدد الوصايا لا فنونها ، أو يتبين ما لكل وصية لا تعيينها ، أو تتبين فنونها لا عددها أو عددها وفنونها ، لا تعيينها أخذه الورثة وعزلوه للخليفة وتبروا من ذلك ، ويكون فى يده حتى يتضح أمرها ، ولا ضمان عليه أن تلف بلا تضييع منه أولا ولا آخرا أو يدرك ذلك المذكور من عزل المال ، وكونه فى يده أيضا عليهم ان بان جملة المال الذى للوصايا وان لم تتضح الوصايا ولا عددها ولا فنونها ولم تتعين ويكون بيده حتى ينفذه ، كما أوصى به ببيان أو يفعل فيه ما ذكر أولا من الاجتهاد والانفاذ على حسب الأقوال المذكورة ان لم يضيع حتى أشكل شىء بتضييعه ورخص له ، ولو ضيع حتى أشكل ان تاب أن يعمل فيها ما يعمله ان لم يضيع من الاجتهاد والانفاذ ، وكذا الورثة ان لم يكن الخليفة أو كان ، فقيل : ان ضيعوا لم يجز لهم الاجتهاد والانفاذ وحدهم ولا مع الخليفة •

وقيل : ان تابوا جاز لهم •

وان لم يعلم جملة المال أى جملة مال الوصية الذى جعل لانفاذها أو المقدار الذى ينوبها ولا يفرز شىء من الوصايا ، فلا يدرك الخليفة عليهم شيئا فى الحكم •

وكذا لو فرز شىء من الوصية ولا تدرى كميته ، مثل أن يعلم أنه أوصى بالزكاة ، ولا يعلم كم هى ، ولا بكم أوصى لها ، أو لم يوص بها •

ومثل أن يعلم أنه أوصى

بكفارة ولا يدرونها خفيفة ولا مغلظة ولا يدرون بكم أوصى لها ، أو لم يوص لها .

وقيل : ينفذون مرسلة ولو تبين لهم جملة مال الوصية أو مال بعضها بتعيين الموصى ، أو بالتقدير لجعل فى يد الخليفة ، حتى يتبين ما أشكل أو يجتهد ، ويعقل المال كله اذا لم تعلم جملة ما للوصية أو علمت ولم يتبين عدد الوصايا أو فنها أو تعيينها ان جعله الموصى بيده جعله فى يده بالايصال فى يده للانفاذ ، حتى تخرج منه الوصية ببيانها أو باجتهاد ، ولا ينتفع به الخليفة ، ولا الوارث حتى تخرج .

وان لم يجعله الموصى بيده انتفع به الورثة بأن يقسموا ذاته أو منافعه ، وضمنوا الوصية بأن يجتهدوا فينفذوا اذا أيسوا من البيان ، أو بأن تتبين فينفذوها ، وان لم يبين لهم فى الوجوه شىء ، أو تبين لهم مالا يصلون به الى الانفاذ كعدد الوصايا دون تعيينها ، وكانوا بلغا عقلا حضرا اجتهدوا مع الصلحاء ، وانفذوا ما يخرج من الثلث فما دونه على قدر ما علموا من أفعال الميت ، وذلك ان علموا أن وصيته مما يخرج من الثلث بدون علم تعيينها وتفاصيلها ، أو لم يعلموا أنها مما يخرج من الثلث ولا مما يخرج من الكل ، وان اتفقوا أن ينفذوا أكثر من الثلث فحسن ، وان علموها من الكل بدون علم تفصيلها أو تعيينها أنفذوا بقدر اجتهادهم الثلث أو دونه أو أكثر .

واذا علموا جملة الموصى به أنفذوا على قدر نظرهم كله ان علموها من الكل ، والا فمن الثلث فقط على اجتهادهم ، الا أن شاء ، أو لزيادة ، وان اجتهدوا مع الخليفة أو معه ومع الصلحاء جاز ، وكذا اذا كان الاجتهاد للخليفة فاجتهد معهم أو مع الصلحاء أو معهم كلهم .

وان علموا ما أوصى به أى كميته وجنسه وتشاكل شىء بين الأقرب والزكاة والكفارات وغير ذلك أو بين متعدد من ذلك دفعوا ذلك لخليفته ، وبرئوا من وصيته ويحرزه خليفته ، حتى يتضح كل ذلك ان كانت خلافة للموصى بأن أثبت خلافة لأحد ، وللخليفة أن يجتهد ، وينفذ على حد ما مر .

وان لم يكن للموصى خليفة حرزه الورثة عندهم حتى يتضح الحال أو يجتهدوا .

ولا ضمان عليهم ان لم يضيعوا ذلك المال وتلف وان كان ذلك الأقرب ممن يأخذ ذلك المال المذكور من الزكاة والكفارات مثلا دفع له ذلك كله وأخبره بالقصة أن الميت أوصى بشىء ظنناه زكاة أو كفارة أو وصية الأقرب مثلا ، أو أوصى بذلك كله وعلمنا كمية المجموع ولم نعلم خصوص ما لكل ، فان كان للأقرب فقط أخذته أنت أقرب ، وان كان زكاة أو كفارة فأنت ممن يأخذهما ، وان كان بعضه وصية الأقرب وبعضه كفارة وبعضه زكاة فخذه كله

تكن قد أخذت وصية الأقرب وغيرها مما أنت أهله ان كان الشىء مما يدفع فى ذلك المذكور من الأقرب والزكاة والكفارة ، وذلك كالحبوب الستة ، فانها تعطى فى الزكاة وتعطى فى الكفارات .

وفى وصية الأقرب اذا لم يبين أن ذلك زكاة العين أو الانعام ، وكالدنانير والدراهم على القول بأنها تعطى فى الكفارات ، وكالشاة فانها تعطى فى الزكاة وتعطى فى الأقرب ، وفى الكفارة بالتقويم عند مجيز ذلك ، والا كقول من قال لا تعطى القيمة فى الكفارة حرزه الورثة حتى يتضح أمره .

وقيل : يشترى منه الجائز فى كل ذلك ويدفع للأقرب كما تعطى الكفارات ــ أى أنه يكال فيعلم أو يعطى بالقيمة قيمة الكيل ــ ويخبر بالقصة وان تعدد الأقرب لم يصح ذلك ان كان مما يدفع أولا الا أن يعطى الأقارب كلهم سواء ان لم يعين أقرب وكذا الزكاة والانتصال .

وجميع الوصايا اذا علموا كمية المال وتشاكل هل أوصى لنوع كذا أو لنوع كذا أو تشاكل مقدار ما أوصى لكل نوع يعطى كل ذلك لمن يتأهل لأخذه ولو متعددا كاثنين وثلاثة ، وان أوصى لانسان ببعض ذلك وتشاكل أعطى كله أو حتى لا يشكوا أن تأهل .

وان وجد دفعه لواحد على ما أوصى به دفع له حين تشاكل ان كان أهلا لذلك ، ويجوز ذلك للخليفة أن يفعله ، ولا ضمان على الورثة ، ومثلهم الخليفة اذا أنفذ من أنفذ منهم فى هذه المسائل لواحد فصاعدا فى هذه المسائل كلها ، أو أنفذ من أنفذ منهم فى مسائل الانفاذ بالاجتهاد كلها ان بان لهم أمرها بعد ذلك الانفاذ ، لأن الشرع أقدمهم لذلك مثل أن يتبين أنه لم يوص له للأقرب أو يتبين أنه أوصى بغير النوع الذى أنفذوا فيه باجتهاد ، أو بأقل ، أو بأكثر .

الاشتباه في العتق

مذهب الحنفية :

جاء فى الفتاوى الهندية [1] : انه لو اختلط حر بعبد ، كأن يكون لرجل عبد ، فاختلط بحر ، ثم كل واحد منهما يقول : أنا حر ، والمولى يقول : احدكما عبدى ، كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر ، فان حلف لأحدهما ، ونكل للآخر ، فالذى نكل له حر دون الآخر ، وان نكل لهما ، فهما حران ، وان حلف لهما ، فقد اختلط الأمر ، فالقاضى يقضى بالاحتياط ، ويعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شىء ، ونصفه بنصف القيمة .

(١) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكرية وبهامشها فتاوى قاضيخان للأوزجندى ج ٤ ص ٢٠ الطبعة السابقة .

وكذلك لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحـــد منهم ثلثــه ، ويســـعى فى ثلثى قيمتـــــه ٠ وكذلك لو كانوا عشرة فهـــو على هـــذا الاعتبـــار ٠

وجاء فى البحـــر الرائق(١) : أن المـــولى لو قال لأمتـــه : ان كان أول ولد تلدينـــــه ذكرا فأنت حـــرة ، فولدت ذكرا ، وأنثى ، ولم يدر الأول ، رق الذكر ، وعتق نصـــف الأم والأنثـــى ، لأن كل واحـــد منهمـــــا يعتق فى حـــال دون حـــال ، وهـــو ما اذا ولدت الغــــلام أولا ، عتقت الأم بالشرط والجـــارية ، لكونهـــا تبعـــا لهـــا ، لأن الأم حـــرة حـــين ولدتهـــا ، وترق فى حـــــال ، وهـــو ما اذا ولدت الجـــارية أولا ، لعـــدم الشرط ، فيعتق نصـــف كل واحـــدة ، وتسعى فى النصـــف ٠

أما الغـــلام فيرق فى الحـــالين ، فلهـــــذا يكون عبـــدا ، وهـــذا الجواب فى الجـــامع الصغير من غير خلاف فيه ٠

والمذكور لمحمـــد رحمه الله تعـــــالى فى الكيسانيات فى هـــذه المســـألة أنه لا يحـــكم بعتـــق واحـــد منهم ، لأنا لم نتيقن بعتق ، واعتبـــار الأحوال بعـــد التيقن بالحـــرية ، ولا يجوز ايقاع العتق بالشك ٠

فعن هـــذا حـــكم الطحـــاوى بأن محمدا رحمه الله تعالى كان أولا مع أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهمـــا الله تعـــالى ، ثم رجـــع ٠

وفى النهـــاية عن المبسوط ان هذا الجواب ليس جواب هـــذا الفصـــل ، بل فى هـــذا الفصـــل لا يحكم بعتـــق واحـــد ، ولـــكن يحـــلف المولى بالله ما يعـــلم أنهـــا ولدت الجـــارية أولا ، فان نكل فنكوله كاقراره ، وان حلف فكلهم أرقاء ٠

وأما جواب هـــذا الفصل انمـــا هو فيما اذا قال : ان كان أول ولد تلدينـــه غلاما ، فأنت حـــرة ، وان كانت جارية فهى حـــرة فولدتهما ولا يدرى الأول ٠ فالغلام رقيق ، والأنثى حرة ، ويعتق نصف الأم ٠

وجـــاء فى الفتـــاوى الهندية(٢) : أنه لـــو كان لرجـــل أربع جـــوار فأعتـــق واحـــدة منهن ثم نســـيها ، لم يســـعه أن يتحـــــرى للوطء ٠

مذهب المالكية :

جاء فى حاشـــية الدســـوقى على الشرح الكبير(٣) : ان من قال لأولاد أمته وهم ثلاثة أحدهم ولدى ، ومات ، ولم يعينـــه ، واشتبه عليـــه الأمر عتـــق الأصـــغر كله على كل حال ، لأنه ان كان ولده فظـــاهر ، وان كان ولد غيره فهـــو ولد أم ولد عتقت بموت ســـيدها ، فيعتـــق معهـــا وثلثا الأوسط ،

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٤ ص ٢٧٠ الطبعة السابقة ٠

(٢) الفتاوى الهندية للأوزجندى ج ٥ ص ٣٨٥ الطبعة السابقة ٠

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير وبهامشه تقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٤١٦ الطبعة السابقة ٠

لأنه حـــر بتقديرين ، وهمـــا كونه المقـــر به أو الأكبر ، ورقيق بتقـــدير واحـــد ، وهو كون المقـــر به الأصـــغر وثلث الأكبر ، لأنه حـــر بتقــــدير واحــد ، وهـــو كونه المقـــر به ، ورقيـــق بتقـــديرين ، وهمـــا كون المقر به الأوسط أو الأصغر •

وان افترقت أمهـــات الأولاد ، بأن كان كل واحـــد من أم فواحـــد يعتق بالقرعة ، ولا أرث لواحد منهم افترقت أمهاتهم أم لا •

وجاء فى حاشية الدسوقى[1] : أن السيد ان أعتق عبيدا فى مرضـــه بتلا ، ولم يحملهم الثلث ، أو أوصى بعتقهم ولو عينهم بأسمائهم، ولم يحملهم الثلث فى المسألتين ، أو أصى بعتق ثلث عبيـــده •

ومثله اذا بتل عتـــق ثلثهم فى مرضـــــه ، أو أوصى بعتق عدد سماه من أكثر ، كثلاثة من تسعة ، أقـــرع فى المســـائل الأربعـــة ، كالقسمة •

وصفة القرعة فى الأولين : ان يقـــوم كل واحد منهم ، ويكتب قيمة كل واحد مع اسمه فى ورقة مفـــردة ، وتخـــلط الأوراق بحيث لا يتميز واحـــدة من البـــاقى ، ثم تخـــرج ورقة ، وتفتح ، فمن وجـــد فيهـــا اســـمه عتق ، وينظـــر الى قيمتـــه ، فان كانت قدر ثلث الميت اقتصر عليـــه ، وان زادت عتـــق منـــه بقـــدر الثلث ، وان نقصت أخـــرجت أخـــرى ، وعمـــل فيها كما عمل فى الأولى ، وهـــكذا •

(١) المرجع السابق للدسوقى ج ٤ ص ٣٧٨، ص ٣٧٩ الطبعة السابقة .

وصفتها فى الثالثة أن يجـــزؤوا ابتـــــداء أثلاثا ، ويكتب فى ورقة حـــر ، وفى اثنتين رق، ثم تخـــلط الأوراق ، وتخـــرج واحدة ترمى على ثلث ، فمن خـــرج له حـــر ، نظر فيه ، فان حمله الثـــلث فواضـــح ، والا عمـــل فيه ما تقـــــدم •

وأما الرابعة فان عين العدد الذى ســـماه كزيد وعمرو من جملة أكثر ، وحمله الثـــلث فواضح ، والا سلك فيه ما تقدم •

وان لم يعين كثلاثة من عبيـــدى ، فانه ينسب عـــدد من ســـماه الى عدد جميـــــع رقيقه وبتلك النســـبة بجزؤن ، فاذا كانـــوا ثلاثة من تســـعة جزئوا أثلاثا ، ومن اثنى عشر جزئوا أرباعا ، ويجعـــل كل جـــزء على حـــدته من غير نظـــر لقيمـــة كل جـــــزء ، ويكتب أوراق بقدر عدد الأجـــزاء واحـــــدة فيهـــا حر ، والبـــاقى كل ورقـــة فيهـــــا رق ، ويعمـــل مثل ما تقـــدم فى المســـــألة الثالثـــة •

ومحـــل القـــــرعة ما لم يرتب فان ترتب فلا قـــرعة •

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب[2] : انه ان شهد شـــاهدان على رجـــل أنه أعتق فى مرضـــه عبـــــده

(٢) من كتاب المهذب لأبى اسحاق ابراهيم الفيروزبادى الشيرازى ج ٢ ص ٣٤٠ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢٧٧هـ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية .

ســالما ، وقيمتــه ثلث ماله ، وشـــهد آخـر أنه أعتق غانمــا ، وقيمتــه ثلث ماله ، فان علم السابق منهما عتق ، ورق الآخـــر ، وان لم يعلم ذلك ففيــه قولان .

أحدهما : أنه يقــرع بينهما ، لأنه لا يمكن الجمــع بينهما ، لأن الثلث لا يحتملهمــا ، وليس أحدهمــا بأولى من الآخـــر ، فأقرع بينهمـــا ، كمــا لو اعتق عبــدين ، وعجــز الثـــلث عنهمـــا .

والقول الثانى : أنه يعتق من كل واحــد منهما النصف ، لأن السابق حــر ، والثــانى عبـــد ، فاذا أقــرع بينهمــا ، لم يؤمن أن يخــرج ســهم الرق على الســابق ، وهــو حــر ، فيسترق ، وســهم العتق على الثانى، فيعتق ، وهو عبــد ، فوجب أن يعتــق من كل واحــد منهمــا النصف ، لتساويهمــا ، كما لو أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخـــر بالثلث ، ولم يجــز الورثة ما زاد على الثلث، فان الثلث يقســم عليهمــا .

وجاء فى المهذب[(١)] أيضا : ان الســيد ان كاتب عبدين ، فأقــر أنه اســتوفى ما على أحدهمــا ، أو أبرأ أحدهمــا ، واختــلف العبدان ، فادعى كل واحــد منهمــا انه هــو الذى اســتوفى منه وأبرأه رجــع الى المولى، فان أخبر أنه أحدهمـــا قبــل منــه ، لأنه أعرف بمن اســتوفى منه أو أبرأه ، فان طلب الآخــر يمينــه ، حلف له ، وان ادعى المولى أنه أشــكل عليــه ، لم يقــرع بينهمـــا ، لأنه قد يتذكر .

فان ادعيا أنه يعلم حلف لكل واحد منهمــا وبقيــا على الكتابة .

ومن أصحابنا من قال ترد الدعوى عليهما ، فان حلفــا أو نكلا بقيا على الكتابة .

وان حلف أحدهما ونكل الآخــر عتــق الحالف وبقى الآخر على الكتابة .

وان مات المولى قبل أن يتعين ففيـــه قــولان .

أحدهما : يقرع بينهمــا ، لأن الحــرية تعينت لأحدهمــا ، ولا يمكن التعيين بغــير القــرعة ، فوجب تمييزهما بالقرعــة ، كمــا لو قال لعبــدين أحدكمــا حر .

والثانى : أنه لا يقــرع ، لأن الحــرية تعينت فى أحدهمــا ، فاذا أقرع لم يؤمن ان تخرج القــرعة على غيره ، فعلى هــذا يرجع الى الوارث ، فان قال : لا أعلم حلف لــكل واحــد منهمــا ، وبقيــا على الكتابة على ما ذكرناه فى المولى .

مذهب الحنابلة :

جاءَ فى المغنى[(٢)] : ان الســيد اذا أعتــق عبــدا غير معين ، فانه يقــرع بينهمــا ،

(١) المرجع السابق ج٢ ص١٧ ، ص ١٨ .

(٢) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٧ ص ٥٤١ الطبعة السابقة .

فيخرج الحر بالقرعة ، لأنه عتق اســتحقه واحــد من جمــاعة معينين ، فكان اخراجه بالقرعة ، كمــا لو أعتقهمــا فلم يخرج من ثلثه الا أحدهمــا .

ودليل الحكم فى الأصل حديث عمــران ابن الحصــين « أن رجــلا من الأنصــار[١] اعتق ستة أعبــد عنــد موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم النبى صــلى الله عليه وســـلم فأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعــة ، وقال له قـــولا شــديدا ، رواه مســلم وأبو داود ، ولأنه تبرع فى مرض موته فأشــبه ســـائر العطــايا والصدقات فأما العتق[٢] فى الكفارة فانه لم يستحقه أحدا . انمــا استحق على المكفر التكفير .

وأما اذا قال اعتقــوا عنى عبــدا ، فان لم يضــفه الى عبيـــده ، ولا الى جماعة ســـواهم ، فهو كالمعتق فى الكفارة .

وان قال : اعتقــوا أحــد عبيــدى احتمل أن نقــول باخــراجه بالقــرعة كمســألتنا ، واحتمل أن يرجع فيه الى اختيار الورثة .

وأصــل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبيــده هــل يعطى أحــدهم بالقــــرعة أو يرجــع الى اختيار الورثة .

والفــرق بين مسألتنا وبين هذه المســـألة على هــذا الوجه ، أنه جعــل الأمر الى الورثة حيث أمرهم بالاعتــاق فكانت الخيرة اليهم وفى مسألتنا لم نجعــل لهم من الأمر شـــيئا فلا يكون لهم خيرة .

وان اعتق غائبا[٣] تعــلم حيــاته وتجىء أخباره صــح وأجزأه عن الكفارة كالحاضر .

وان شــك فى حياته وانقطــع خبره لــم يحــكم بالأجزاء فيــه ، لأن الأصل شــغل ذمتــه ، ولا تبرأ بالشــك ، وهــذا العبــد مشكوك فى وجوده فشــك فى اعتــاقه ، فان قيــل : الأصل حياته ، قلنا : الا أنه قد علم أن الموت لابد منه ، وقد وجــدت دلالة عليه، وهــو انقطــاع أخباره ، فان تبين بعــد هذا كونه حيــا تبينا صــحة عتقه وبراءة الذمة من الكفارة والا فلا .

وجاء فى قواعد ابن رجب[٤] : أنه لو اشتبه عبــد شــخص بعبيــد غيره ، قال القاضى: قيـــاس المذهب أنه يعتــق عبـــده الذى يملكه عن واجب وغــيره ، ثم يقــرع بينهم فيخــرج عبــده بالقــرعة .

وفى عمــد الأدلة لابن عقيــل : لو اختلط عبـــده بأحرار لم يقــرع ، ولو اختلط من اعتقــه ومن لا يملك عتقــه الا باجـــازة جــاز أن يقــرع بينهمــا ، لأن القـــرعة لا تعمل فى آكد التحــريمين ، وتعمـــل فى أيسرهمـــا .

---

(١) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج٦ ص ٥٨٠ الطبعة السابقة .

(٢) المغنى لابن قدامة المقدسى وبهــامشه الشرح الكبير للخرقى ج ٦ ص ٥٤١ الطبعـــة الســـابقة .

(٣) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ١١ ص ٢٦٥ الطبعة السابقة .

(٤) من كتاب القواعد لابن رجب الحنبلى فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٣٦٨ الطبعة السابقة.

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى[١] : أن السيد اذا قال : أحد عبـدى هذين حـر ، فليس منهمـا حر ، وكلاهمـا عبـد ، كما كان ، ولا يكلف عتق أحدهمـا ، فانه لم يعتـق هـذا بعينه ، فليس حـرا ، اذ لم يعتقـه سيده ، ولا اعتق هـذا الآخـر أيضـا بعينه ، فليس أيضـا حـرا ، اذ لم يعتقـه سـيده ، فكلاهمـا لم يعتقـه سيده ، فكلاهما عبـد ، وهـذا فى غاية البيـان ، ولا يجـوز اخراج ملكه عن يده بالظن الكاذب .

ولا تجـوز كتابة[٢] مملوكين معـا كتابة واحدة ، سـواء كانا أجنبيين ، أو ذوى رحم محـرمة ، لأنها مجهـولة لا يدرى ما يلزم منهـا كل واحـد منهمـا أو منهم وهذا باطـل .

مذهب الزيدية :

جاء فى التـاج المذهب[٣] : أنه اذا التبس العتيـق بعـد تعيينـه فى القصـد ، أو الاشـارة ، أو اللفظ عم العتـق جميـع الأشخاص الذين أوقعـه على أحـدهم ، فيسعون بحسب التحويل .

فان التبس بين اثنين مثلا سـعى كل واحد منهمـا فى نصف قيمتـه يوم الاياس ، لأن كل واحـد منهمـا تلزمه القيمة فى حـال ، وتسقط عنه فى حـال .

وان كانوا ثلاثة سعى كل واحد منهم فى ثلثى قيمته ، لأنها لزمته فى حالين ، وسقطت فى حـال .

وكذا لو كثروا فان السـعاية بحسـب التحـويل .

وانما تلزمهم السعاية ان لم يفرط السيد .

فأما لو فرط فى التعيين ، وحده أن يمضى وقت يمكن فيـه التعيين ، ولا يعين ، حتى يحصـل اللبس لم تلزمهم السـعاية ، سـواء وقـع فى الصـحة أم فى المرض ، كحر التبس بعبـد ، فانـه اذا التبس حـر بعبـد عتـق العبـد ، ووجبت السـعاية على الحـر وعلى العبـد كل فى نصـف قيمتـه الا أن يقـع اللبس فى العتـق عن الـكفارة ، نحـو أن يعتق أحـد عبيـده معينـا عن كفـارته ، ثم يلتبس عليهم ، فانهم يعتقـون جميعـا ، ويسعون .

وتجزىء الكفارة سواء فرط أم لا .

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٣٠٩ المسألة رقم ١٦٧٤ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٢٣٢ المسألة رقم ١٧٨٩ الطبعة السابقة .

(٣) التاج المذهب فى أحكام المذهب لابن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٣٨١ ، ص ٣٨٢ الطبعة السابقة وشرح الازهار لابى الحسن عبد الله بن مفتاح ٣ ص ٥٦٩ ، ص ٥٧٠ الطبعة السابقة .

مذهب الامامية :

جاء فى الخلاف[١] : أن السيد اذا كان له مكاتبان كاتبهما بقيمة واحدة فأدى أحدهما ألفا ، ثم أشكل عليه عين المؤدى منهما ، أقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته حكم له بالأداء وعتق ، وبقى الآخر مكاتبا ، فان مات أقرع بينهما .

دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم على أن كل مشكل فيه قرعة ، وهذا من جملة ذلك .

واذا أدى أحدهما مال الكتابة ، وأشكل الأمر عليه ، وادعيا عليه جميعا العلم أنه يعلم عين من أدى ، فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف أقرع بين المكاتبين ، فمن خرجت له قرعة الأداء ، حكم له بالحرية ، ورق الآخر ، ويلزمه ما يخصه من مال الكتابة .

دليلنا ما قلناه فى المسألة الأولى سواء ، والأصل الذى ردوه اليه نقول فيه مثل الذى قلناه فى الفرع ، وكيف يجوز أن يستحق الألفين وهو يقطع على أن أحدهما حرام ولا يعرف عينه ؟ وكيف يحل له التصرف فيهما أو فى واحد منهما الا على ما قلناه ؟

وجاء فى شرائع الاسلام[٢] : أنه اذا شهد اثنان أن الميت أعتق أحد مماليكه ، وقيمته الثلث ، وشهد آخران ، أو الورثة أن العتق لغيره ، وقيمته الثلث ، فان قلنا : المنجزات من الأصل عتقا ، وان قلنا : من الثلث فقد أعتق أحدهما ، فان عرفنا السابق صح عتقه ، وبطل الآخر ، وان جهل استخرج بالقرعة .

ولو اتفق عتقهما فى حالة واحدة ، قال الشيخ : يقرع بينهما ، ويعتق المقروع .

ولو اختلفت قيمتهما اعتق المقروع فان كان بقدر الثلث صح وبطل الآخر .

وان كان أزيد صح العتق منه فى القدر الذى يحتمله الثلث .

وان نقص أكملنا الثلث من الآخر .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل[٣] : أن من أعتق عبدا فى مرضه ، فتلف فى عبيده خرجوا كلهم أحرارا ، ويسعون بقيمتهم الا قيمة واحدة ، وكذا أن أعتق عبدا ولم يعينه من عبيده ، والصحة كالمرض .

ومن له عبدان وقد دبر أحدهما وحضره الموت ، فقال : أحدهما ، حر ولم يسمه ، فهما حران يسعيان ، فان عرف

(١) الخلاف فى الفقه للطوسى ج ٢ ص ٣٦٣ المسألة رقم ٢٤ الطبعة السابقة ، ص ٣٦٤ المسألة رقم ٢٥ .

(٢) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ج ٢ ص ٢٤١ ، ص ٢٤٢ الطبعة السابقة .

(٣) شرح النيل وشفاء العليل لمحمد ابن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٣٢٩ طبع مطبعة يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ.

المدبر ، وقيمتها ستون ، ثلاثون لكل ، سعى المدير بخمسة عشر ، والآخر بخمسة وعشرين ، وان لم يعرف سعى كل بعشرين .

وان تلف[1] عبده فى عبيد الناس فأعتقه فى مرضه ، ضمن قيمة العبيد كلهم ، ويخرجون من الكل الا قيمة عبده وان وسعه الثلث فلا سعى عليهم فيما ناب قيمته ، والا سعوا بما فوق الثلث ، وان تلف فيهم بعد عتقهم فهم أحرار أيضا ولا ضمان عليه ، وان وسعوا بقيمتهم ، الا قيمة واحد ، وان وسعه الثلث فلا سعى عليهم ، والا سعوا قيمته الا ما ناب الثلث .

وان قال مالك الرقيق[2] أعتقت واحدا من عبدى. عتقا معا ، وسعيا بقيمة أحدهما ان كان اثنان ذكران أو أنثيان ، أو ذكر وأنثى واعتقوا معا وسعوا بقيمة ما عدا العدد الذى ذكره اذا كان ثلاثة فصاعدا ذكورا أو أناثا ، أو مختلطين ، فاذا أستويا أو استووا فلا أشكال ، وان تفاضلا أو تفاضلوا جمعت قيمتهما ، وسعيا بنصفها ، أو جمعت قيمتهم وسعوا بما ينوب منها ما عدا العدد الذى ذكره .

وان قال : أعتقت بعضا من عبيدى عتقوا كلهم ، وسعوا بما عدا قيمة واحد .

(١) المرجع السابق لأطفيش ج ٦ ص ٣٣٣، ص ٣٣٤ الطبعة السابقة .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٤٠ الطبعة السابقة .

الاشتباه في النسب واللقطة

مذهب الحنفية :

قال صاحب بدائع الصنائع[3] : كل مطلقة لم تلزمها العدة ، بأن لم تكن مدخولا بها ، فنسب ولدها لا يثبت من الزوج ، الا اذا علم يقينا أنه منه ، وهو أن تجىء به لأقل من ستة أشهر .

وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج ، الا اذا علم يقينا أنه ليس منه ، وهو أن تجىء به لأكثر من سنتين .

وانما كان كذلك لأن الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه ، فكان النكاح من كل وجه زائلا بيقين ، وما زال بيقين لا يثبت الا بيقين مثله .

فاذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق ، فقد تيقنا أن العلوق وجد فى حال الفراش ، وأنه وطئها وهى حامل منه ، اذ لا يحتمل أن يكون بوطء بعد الطلاق ، لأن المرأة تلد لأقل من ستة أشهر ، فكان من وطء وجد على فراش الزوج ، وكون العلوق فى فراشه ثبوت النسب منه .

فاذا جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا ، لم يستيقن بكونه مولودا على الفراش ، لاحتمال أن يكون بوطء بعد الطلاق ، والفراش كان زائلا بيقين فلا يثبت مع الشك .

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٣ ص ٢١١ الطبعة السابقة .

وان طلقها[١] بعد الدخول ، وكان الطلاق بائنا ، وهى من ذوات الاقراء ، ولم تكن أقرت بانقضاء العدة ، فجاءت بولد ، فان جاءت به الى سنتين عند الطلاق لزمه ، لأنه يحتمل أن يكون العلوق من وطء حادث بعد الطلاق ، ويحتمل أن يكون من وطء وجد فى حال قيام النكاح ، وكانت حاملا وقت الطلاق، لأن الولد يبقى فى البطن الى سنتين بالاتفاق، وهذا أظهر الاحتمالين ، اذ الظاهر من حال المسلمة ألا تتزوج فى العدة ، وحمل أمور المسلمين على الصلاح واجب ما أمكن ، فيحمل عليه .

أو نقول : النكاح كان قائما بيقين ، والفراش كان ثابتا بيقين ، لقيام النكاح ، والثابت بيقين لا يزول الا بيقين مثله ، فاذا كان احتمال العلوق على الفراش قائما ، لم نستيقن بانقضاء العدة ، وزوال النكاح من كل وجه ، فلم نستيقن بزوال الفراش ، فلا نحكم بالزوال بالشك .

ونقل صاحب البحر الرائق[٢] عن الظهيرية : انه لو ادعى رجلان نسب اللقيط ، وأقاما البينة ، وأرخت بينة كل واحد منهما ، يقضى لمن يشهد له سن الصبى ، فان كان سن الصبى مشتبها ، لم يوافق كلا من التاريخين ، فعلى قول صاحبى أبى حنيفة رحمهم الله تعالى يسقط اعتبار التاريخ ، ويقضى به بينهما باتفاق الروايات .

وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقد ذكر خواهر زاده أنه يقضى به بينهما فى رواية أبى حفص .

وفى رواية أبى سليمان يقضى لأقدمهما تاريخا .

وفى التتارخانية أنه يقضى به بينهما فى عامة الروايات ، وهو الصحيح .

واذا ادعى رجلان لقطة[٣] وبين كل من المدعيين لهما علاماتها وأصابا ، ينبغى أن يحل الدفع لهما .

مذهب المالكية :

جاء فى التاج والأكليل[٤] : سئل مالك عن اللقطة توجد فى قرية ليس فيها الا أهل الذمة ؟ فقال : تدفع الى أحبارهم .

قال ابن رشد : هذا قول فيه نظر ، اذ فى الامكان أن تكون لمسلم ، وان كانت وجدت بين أهل الذمة فكان الاحتياط أن لا تدفع الى أحبارهم الا بعد التعريف بها استحسانا ، لغلبة الظن أنها لهم على غير

(١) المرجع السابق للكاسانى ج ٣ ص ١٢١ الطبعة السابقة .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٥ ص ١٥٧ الطبعة الأولى طبع المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١٠ هـ .

(٣) المرجع السابق لابن نجيم وبهامشه حواشى منحة الخالق لابن عابدين ج ٥ ص ١٧٠ الطبعة السابقة .

(٤) التاج والاكليل للمواق فى كتاب مع مواهب الجليل المعروف بالحطاب ج ٦ ص ص ٧٤ الطبعة السابقة .

قياس ، فاذا دفعت اليهم بعد التعريف لها ، ثم جاء صاحبها غرموها له ، وانما كان يلزم أن تدفع ابتداء الى أحبارهم لو تحقق أنها لأهل الذمة بيقين لا شك فيه مع أنهم يقولون أن من ديننا أن يكون حكم لقطة أهل ملتنا معروفا الينا ، وأما اذا لم يتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع الى أحبارهم وتكون موقوفة أبدا .

وروى[١] عن المدونة أن من التقط لقيطا فى مدينة الاسلام ، أو فى قرية الشرك فى أرض كنيسة أو بيعة وعليه زى أهل الذمة أو المسلمين،وكيف ان كان الذى التقطه فى بعض المواضع مسلم أو ذمى ما حاله ، قال : ان التقطه نصرانى فى قرى أهل الاسلام ومواضعهم ، فهو مسلم ، وان كان فى قرى الشرك وأهل الذمة ومواضعهم ، فهو مشرك ، وان وجد فى قرية ليس فيها الا اثنان أو ثلاثة من المسلمين ، فهو للنصارى ، ولا يعرض لهم الا أن يلتقطه هناك مسلم فيجعله على دينه .

وقال ابن الحاجب : يحكم باسلام اللقيط فى قرى الاسلام ومواضعهم ، فان كان فى قرى الشرك فمشرك .

وقال أشهب الا أن يلتقطه مسلم ، فان لم يكن فيها غير بيتين من المسلمين فمشرك ، الا أن يلتقطه مسلم .

وقال أشهب : يحكم باسلامه كحريته للاحتمال .

وسئل[٢] مالك عن رجل دخل حانوت رجل بزاز ليشترى منه ثوبا ، ثم خرج منه فاتبعه صاحب الحانوت ، فقال : يا أبا عبد الله هذا دينار وجدته فى حانوتى ولم يدخل على اليوم أحد غيرك فعد الرجل ، فافتقد دينارا منها أترى أن يأخذه ، فقال مالك : لا أدرى هو أعلم بيقينه أن استيقن أنه ديناره فليأخذه قيل له التاجر يقول لم يدخل على اليوم غيرك وقد افتقد الرجل من نفقته دينارا ، قال : أن استيقن أنه له فليأخذه وهذا دليل على أنه لا يأخذه الا ان استيقن أنه له بزيادة على ما ذكره يحصل له بها اليقين أنه له وهذا على سبيل التورع والنهاية فيه أنه اذا لم يعترضه شك فى أنه له فأخذه له سائغ حلال لأن الغالب على ظنه أنه له اذ قد افتقد دينارا ولم يعلم عدد نفقته لساغ له عندى أن يأخذه ، لقول صاحب الحانوت أنه لم يدخل على اليوم أحد غيرك ، وان كان التورع من أخذه أولى وأحسن .

وكذلك لو قال صاحب الحانوت هذا الدينار وجدته فى مكانك بعد خروجك ، ولا أدرى هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت فعد الرجل نفقته فافتقد دينارا .

وأما لو قال هذا الدينار وجدته فى مكانك بعد خروجك ، ولا أدرى هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت ، والرجل لا يعلم عدد نفقته لما ساغ له أن يأخذه بالشك .

---

(١) التاج والاكليل للمواق مع مواهب الجليل فى كتاب ج ٦ ص ٨٢ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للحطاب ج ٦ ص ٧٥ الطبعة السابقة .

قال : ومن وجد[1] ثوبا ، وهو يظنه لقوم بين يديه يسألهم عنه ، فهذا ان لم يعرفوه ولا ادعوه ، كان له أن يرده حيث وجده ، ولا ضمان عليه فيه ، قاله ابن القاسم فى المدونة ، ورواه ابن وهب عن مالك ، لأنه لم يصر فى يده ، ولا تعدى عليه ، وانما أعلم به من ظن أنه له ، ولم يلتزم فيه حكم اللقطة ، وهذا اذا ردها بالقرب ، وأما ان ردها بعد طول فهو ضامن •

وجاء فى الدسوقى على الشرح[2] الكبير : أنه اذا ولدت زوجة رجل ، وأمة رجل آخر ، واختلط الولدان ، بأن قال كل واحد من أبويهما : لا أدرى ولدى من هذين ، أو ادعى كل واحد منهما واحدا ، ونفيا الآخر ، عينته القافة ، ولم يكن للأبويين أن يصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما ولدا •

وأما اذا لم يختلف الأبوان فى تعيينه بأن أخذ كل واحد ولدا بعينه ، فله ذلك من غير قافة •

والقافة لا تكون فى نكاحين ، وانما تكون فى ملكين ، أو نكاح وملك •

وعن ابن القاسم : أن لو وجدت امرأة مع ابنتها بنتا أخرى ، لا تلحق بزوجها واحدة منهما ، لاحتمال كون البنت الأخرى من نكاح ، والقافة لا تكون فى نكاحين ، لكن رجح القول بأنها تدخل فى نكاح ومجهول ، كما فى هذا الفرع •

ثم المذهب ان القافة تكون فى النكاحين أيضا •

وعلى ذلك فما روى عن ابن القاسم ضعيف على كل حال •

وأما اذا ولدت زوجة رجل وأمته الموطوءة له فى ليلة واحدة ، واختلط ولداهما ، ولم يعلم ولد كل منهما ، فلا قافة ، لأن كلا من الولدين لا حق به ، ونسبه ثابت ، ويرثانه ، ولا قافة بين الأمهات ، كذا عند الشيخ عبد الباقى الزرقانى ، ونحوه للشيخ مصطفى الرماصى معترضا على التتائى والخرشى التابعين للبساطى من دخول القافة ، قائلا : انما تدعى القافة ، لتلحق بالآباء ، لا بالأمهات •

لكن فى البنانى عن ابن ميسر عن سحنون أن القافة تدعى ، لتلحق بكل واحدة ولدها •

ومحل هذا الخلاف الا أن يقول الرجل أحدهما ولدى والآخر زنت به جاريتى ، فان قال الأب ذلك ، واختلطا فالقافة ، فمن ألحقته به فهو ولده ، وكان الآخر غير ولده •

---

(١) التاج والاكليل للمواق على هامش الحطاب ج ٦ ص ٧٧ الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير وبهامشه تقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٤١٦ ، ص ٤١٧ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

وروى فى التاج والأكليل[1] : عن أشهب أن من نزل على رجل له أم ولد حامل ، فولدت هى ، وولدت امرأة الضيف فى ليلة صبيين ، فلم تعرف كل واحدة منهما ولدها ، دعى لهما القافة .

قال ابن رشد : فان ادعى كل واحد منهما واحدا بعينه ونفى الآخر عن نفسه وجب أن يلحق بكل واحد منهما ما ادعاه .

وان ادعيا معا واحدا بعينه ، ونفى كل واحد منهما عن نفسه ما سواه ، فالواجب على أصولهم أن تدعى له القافة ، كالأمة بين الشريكين يطآنها فى طهر واحد ، فتلد ولدا يدعيانه معا .

ومن كتاب ابن ميسر من حلف لزوجته ان ولدت المرة جارية لأغيبن عنك غيبة طويلة ، فولدت فى سفره جارية ، فبعثت بها خادمها فى جوف الليل ، لتطرحها على باب قوم ، ففعلت ، فقدم زوجها ، فوافى الخادم راجعة ، فأنكر خروجها حينئذ وحقق عليها فأخبرته ، فردها لتأتى بالصبية ، فوجدت صبيتين فأتت بهما فأشكل الأمر على الأم ، أيتهما هى منهما ؟ قال ابن القاسم : لا تلحق واحدة منهما ، وقاله محمد .

وقال سحنون : تدعى لهما القافة وبه أقول .

واذا وطىء السيد[2] الأمة بملك اليمين والنكاح ، فلا يخلو أما أن يكون النكاح سابقا أو ملك اليمين سابقا ، فان كان ملك اليمين سابقا ، كما اذا وطىء أمته ثم زوجها قبل أن يدعى الاستبراء ، فان أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الزوج ، فان الولد لا يلحق به ، ويلحق بالسيد الا أن يدعى الاستبراء أى وينفى الولد ، وان أتت به لستة أشهر فأكثر ، فاختلف فى ذلك .

فقيل : تدعى له القافة ، قال اللخمى : هو قول مالك .

وروى عن ابن القاسم وقال مالك هو للزوج .

وقال محمد بن مسلمة هو للأول ، لأن وطأه صحيح ، والثانى فاسد وقال الرجراجى : ان الأول هو المشهور .

وأما أن تقدم الوطء بالنكاح على الوطء بالملك فالولد للزوج ولا ينفيه الا بلعان[3] .

وان كانت أمة بين رجلين حرين ، أو أحدهما عبد ، أو ذمى ، والآخر مسلم ،

---

(١) التاج والاكليل للمواق على هامش مواهب الجليل للحطاب فى كتاب ج ٥ ص ٢٤٧ ، ص ٢٤٨ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للحطاب ج ٦ ص ٣٥٨ الطبعة السابقة .

(٣) التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٣٥٩ الطبعة السابقة .

فوطئاها فى طهر واحد ، فأتت بولد ، فادعياه دعى لهما القافة فمن الحقته به نسب اليه ، قال ابن يونس يريد أتت بولد لدون ستة أشهر فأكثر من يوم وطء الثانى •

ومن المدونة ان أشركتهما والى — اذا كبر — أيهما شاء ، قال ابن شاس ثم لا يكون الا مسلما وهو بمنزلة ما اذا أشكل الأمر ، فان مات قبل ذلك ورثاه ، وان ماتا ورثهما معا •

وكذلك فى وطء البائع والمشترى فى طهر واحد ، قال ابن يونس ان توجد القافة ترك الولد الى بلوغه فيوالى من شاء ، كما لو قالت القافة اشتركا فيه أو ليس منهما ، وقال بعض علمائنا وهو أولى •

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج[1] : أنه اذا تداعى شخصان مجهولا لقيطا أو غيره عرض على القائف مع المتداعيين ان كان صغيرا ، اذ الكبير لابد من تصديقه كما مر فى الاقرار ، فمن الحقه به القائف لحقه والمجنون كالصغير والحق به البلقينى مغمى عليه ونائما وسكران غير متعد ، وما ذكره فى النائم بعيد جدا •

وكذا لو اشتركا فى وطء لامرأة أو استدخلت ماءهما أى المحترم ، كما قاله البلقينى ، فولدت ممكنا منهما ، وتنازعاه ، بأن وطئا بشبهة ، كأن ظنها كل أنها زوجته أو أمته ، ولا تنحصر الشبهة فى ذلك ، فقد ذكر بعض صورها عطفا للخاص على العام ، فقال : أو وطئا مشتركة بهما فى طهر واحد ، والا فهو للثانى ، كما يؤخذ من كلامه الآتى قياسا ، لتعذر عوده الى هذا ، لأن بينهما صورا لا يمكن عوده اليها ، أو وطىء زوجته وطلق ، فوطئها آخر بشبهة ، أو نكاح فاسد ، كأن نكحها فى العدة جاهلا بالحال ، أو وطىء أمته وباعها ، فوطئها المشترى ، ولم يستبرىء واحد منهما ، فيعرض على القائف ولو مكلفا ، فمن ألحقه به منهما لحقه ، فان لم يكن قائف ، أو كان ، لكنه تحير ، اعتبر انتساب الولد بعد كماله •

قال البلقينى : لو كان الاشتباه للاشتراك فى الفراش ، لم يعتبر الحاق القائف ، الا أن يحكم حاكم ، ذكره الماوردى ، وحكاه فى المطلب عن ملخص كلام الأصحاب ، وكذا لو وطىء بشبهة منكوحة لغيره نكاحا صحيحا كما فى المحرر •

ولا يتعين الزوج للالحاق ، لأنه موضع الاشتباه •

---

(١) نهاية المحتاج لابن شهاب الدين الرملى وحاشية الشهابى عليه ج ٨ ص ٣٥٢ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية لمصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ •

والثانى يلحق الزوج لقوة الفراش .

ولا يكفى اتفاق الزوجين على الوطء ، بل لابد من بينة به ، لأن للولد حقا فى النسب ، وتصديقهما ليس بحجة عليه ، فان قامت به بينة عرض على القائف ، وهذا ما ذكره المصنف فى الروضة هنا ، وهو المعتمد ، وان لم يذكره فى اللعان ، واعتمد البلقينى الاكتفاء بذلك الاتفاق.

نعم يلحق بالبينة تصديق الولد المكلف، لما تقرر أن له حقا ، فاذا ولدت لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطئهما ، وادعياه ، أو لم يدعياه عرض على القائف ، لامكانه منهما ، فان تخلل بين وطئيهما حيضة ، فالولد للثانى ، وان ادعاه الأول لظهور انقطاع تعلقه به الا أن يكون الأول زوجا من نكاح صحيح أى والثانى بشبهة أو نكاح فاسد فلا ينقطع تعلق الأول ، لأن امكان الوطء مع الفراش قائم مقام نفس الوطء ، والامكان حاصل بعد الحيضة .

واحترز بالصحيح عما لو كان الأول زوجا فى نكاح فاسد ، فانه ينقطع تعلقه ويكون للثانى على الأظهر ، لأن المرأة فى النكاح الفاسد لا تصير فراشا ما لم توجد حقيقة الوطء ، وسواء فيهما أى المتنازعين اتفقا اسلاما وحرية أم لا ، كما مر فى اللقيط ، لأن النسب لا يختلف مع صحة استلحاق العبد ، هذا ان الحق بنفسه ، والا كأن تداعيا أخوة مجهول ، فيقدم الحر ، لما مر ، أن شرط الملحق بغيره أن يكون وارثا ، ويحكم بحريته ، وان ألحقه بالعبد ، لاحتمال أنه ولد من حرة ولو ألحقه قائف بشبه ظاهر وقائف بشبه خفى قدم ، لأن معه زيادة علم بحذقه وبصيرته ، وفيما اذا ادعاه مسلم وذمى ، يقدم ذو البينة نسبا ودينا ، فان لم تكن وألحقه القائف بالذمى ، تبعه فى نسبه فقط ، ولا حضانة له .

وجاء فى مغنى المحتاج[1] : أنه لو نفى من نسب اليه الولد بلعان انتفى اللبن النازل به كالنسب ، فلو ارتضعت به صغيره حلت للثانى ، ولو عاد واستلحق بعد اللعان ، لحقه الرضيع أيضا .

ولو وطئت منكوحة أى وطئها واحد بشبهة أو وطىء اثنان امرأة بشبهة فولدت ولدا ، فاللبن النازل به لمن لحقه الولد منهما ، أما بقائف أو البينات ان أمكن كونه منهما ، أو لمن لحقه الولد بسبب غيره .

فان انحصر الامكان فى واحد منهما ، أو لم يكن قائف أو ألحقه بهما ، أو نفاه عنهما ، أو أشكل عليه الأمر وانتسب الولد لأحدهما بعد بلوغه ، أو بعد افاقته من جنون ونحوه ، فالرضيع من ذلك

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للامام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٣ ص ٣٨٦ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ .

اللبن ولد رضاع لمن لحقه ذلك الولد لأن اللبن تابع للولد .

فان مات الولد قبل الانتساب ، أو بعده فيما اذا انتسب بعضهم لهذا وبعضهم لذاك ، أو لم يكن له ولد ولا ولد ولد ، انتسب الرضيع حينئذ .

أما قبل انقراض ولده وولد ولده ، فليس له الانتساب ، بل هو تابع للولد أو ولده ، ولا يجبر على الانتساب بخلاف الولد وأولاده ، فانهم يجبرون عليه ، لضرورة النسب .

والفرق أن النسب يتعلق به حقوق له وعليه ، كالميراث ، والنفقة ، والعتق بالملك ، وسقوط القود ، ورد الشهادة ، فلابد من دفع الأشكال .

والمتعلق بالرضاع حرمة النكاح ، وجواز النظر ، والخلوة ، وعدم نقض الطهارة ، والامساك عنه سهل ، فلم يجبر عليه الرضيع ، ولا يعرض أيضا على القائف ، ويفارق ولد النسب ، بأن معظم اعتماد القائف على الاشباه ، الظاهرة دون الأخلاق ، وانما جاز انتسابه ، لأن الانسان يميل الى من ارتضع من لبنه ، ولا تنقطع نسبة اللبن عن صاحبه من زوج ، أو غيره مات ، أو زوج طلق وله اللبن ، وان طالت المدة كعشر سنين .

وجاء فى المهذب[1] : أنه ان تداعى نسب اللقيط رجلان ، لم يجز الحاقه بهما ، لأن الولد لا ينعقد من اثنين .

والدليل عليه قوله تعالى « انا خلقناكم من ذكر وأنثى » .

فان لم يكن لواحد منهما بينة ، عرض الولد على القافة ، وهم قوم من بنى مدلج من كنانة ، فان ألحقته باحدهما لحق به .

لما روت عائشة رضى الله تعالى عنها ، قالت : دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف السرور فى وجهه ، فقال : ألم ترى الى مجزز المدلجى نظر الى أسامة وزيد ، وقد غطيا رءوسهما وقد بدت أقدامهما ، فقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض ، فلو لم يكن ذلك حقا ، لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وهل يجوز أن يكون من غير بنى مدلج ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يجوز ، لأن ذلك ثبت بالشرع ، ولم يرد الشرع الا فى بنى مدلج .

---

(١) من كتاب المهذب لأبى اسحاق ابراهيم الفيروزابادى الشيرازى ج ١ ص ٤٣٧ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبي وأولاده بمصر .

والثانى : أنه يجوز ، وهو الصحيح ، لأنه علم يتعلم ويتعاطى فلم تختص به قبيلة ، كالعلم بالأحكام .

وهل يجوز أن يكون واحدا فيه وجهان .

أحدهما : أنه يجوز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم سر بقول مجزز المدلجى وحده ، ولأنه بمنزلة الحاكم ، لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم، ثم يحكم .

والثانى : لا يجوز أن يكون امرأة ولا عبدا ، كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبدا .

ولا يقبل الا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقه كما لا يقبل فى الفتيا الا قول من عرف فى العلم حذقه وان ألحقته بهما أو نفته عنهما ، أو أشكل الأمر عليها ، أو لم تكن قافة ، ترك حتى يبلغ ، ويؤخذان بالنفقة عليه ، لأن كل واحد منهما يقول : أنا الأب ، وعلى نفقته ، فاذا بلغ أمرناه أن ينتسب الى من يميل طبعه اليه ، لما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال للغلام الذى ألحقته القافة بهما والى أيهما شئت ، ولأن الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره ، فاذا تعذر العمل بقول القافة رجع الى اختيار الولد .

وهل يصح أن ينتسب اذا صار مميزا ولم يبلغ ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يصح ، كما يصح أن يختار الكون مع أحد الأبوين اذا صار مميزا .

والثانى : لا يصح ، لأنه قول يتعين به النسب ، ويلزم الأحكام به ، فلا يقبل من الصبى ، ويخالف اختيار الكون مع أحد الأبوين لأن ذلك غير لازم ، ولهذا لو اختار أحدهما ، ثم انتقل الى الآخر جاز ، ولا يجوز ذلك فى النسب .

وان كان لأحدهما بينة قدمت على القافة، لأن البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة ، والقافة تخبر عن اجتهاد .

فان كان لكل واحد منهما بينة فهما متعارضان ، لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين ، ففى أحد القولين يسقطان ويكون كما لو لم تكن بينة .

وفى الثانى تستعملان .

فعلى هذا هل يقرع بينهما ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة قضى له ، لأنه لا يمكن قسمة الولد بينهما ، ولا يمكن الوقف ، لأن فيه اضرارا باللقيط فوجبت القرعة .

والثانى : لا يقرع ، لأن معنا ما هو أقوى من القرعة ، وهو القافة ، فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة ، وليس فى موضع تسقط الأقوال الثلاثة فى استعمال البينتين الا فى هذا الموضع على هذا المذهب .

وان تداعت امرأتان نسبه وقلنا : أنه يصح دعوى المرأة ، ولم تكن بينة ، فهل يعرض على القافة ؟ فيه وجهان •

أحدهما : يعرض ، لأن الولد يأخذ الشبه من الأم ، كما يأخذ من الأب ، فاذا جاز الرجوع الى القافة فى تمييز الأب من غيره بالشبه ، جاز فى تمييز الأم من غيرها •

والثانى : لا يعرض ، لأن الولد يمكن معرفة أمه يقينا ، فلم يرجع فيه الى القافة ، بخلاف الأب ، لأنه لا يمكن معرفته الا ظنا ، فجاز أن يرجع فيه الى الشبه •

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى[1] أن القافة اذا ألحقت اللقيط بكافر أو رقيق ، لم يحكم بكفره ولا رقه ، لأن الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار ، فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن ، كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد •

ولو ادعى نسب اللقيط انسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ، ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الأول ، لأنه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى ، فان ألحقته به القافة لحق به ، وانقطع عن الأول ، لأنها بينة فى الحاق النسب ، ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة •

واذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما ، وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ، ويرثانه جميعا ميراث أب واحد ، وهذا يروى عن عمر ، وعلى رضى الله عنهما ، وهو قول أبى ثور •

وقال أصحاب الرأى : يلحق بهما بمجرد الدعوى ، لما روى سعيد فى سننه : حدثنا سفيان عن يحيى عن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر فى امرأة وطئها رجلان فى طهر،فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما •

وباسناده عن الشعبى قال وعلى يقول : هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار باسناده عن عمر •

وقال الامام أحمد : حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما ، وقابوس عن أبيه عن على جعله بينهما •

وروى الأثرم باسناده عن سعيد بن المسيب فى رجلين اشتركا فى طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما ، فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فدعا القافة فنظروا فقالوا : نراه يشبههما فألحقه بهما ، وجعله يرثهما ويرثانه قال سعيد : عصبته الباقى منهما •

قال أحمد : اذا ألحقته القافة بهما

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٠٠ الى ص ٤٠٢ •

ورثهما وورثاه ، فان مات أحدهما فهو للباقى منهما ، ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء ، ومعنى قوله هو للباقى منهما والله أعلم ، أنه يرثه ميراث أب كامل ، كما أن الجدة اذا انفردت ، أخذت ما يأخذه الجدات ، والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات •

وان ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحمد فى رواية منهما : أنه يلحق بثلاثة •

ومقتضى هذا أنه يلحق بما ألحقته القافة وان كثروا ، وذلك لأن المعنى الذى لأجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه ، واذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، هذا اذا وجدت القافة[1] •

أما اذا لم توجد قافة ، أو وجدت ، لكن أشكل الأمر عليها ، أو تعارضت أقوالها، أو وجد من لا يوثق بقوله ، لم يرجح أحدهما بذكر علامة فى جسده ، لأن ذلك لا يرجح به فى سائر الدعاوى سوى الالتقاط فى المال واللقيط ويضيع نسبه ، هذا قول أبى بكر •

وقد أومأ اليه أحمد رحمه الله تعالى فى رجلين وقعا على امرأة فى طهر واحد

---

(١) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج ٦ ص ٤٠٣ ، ص ٤٠٤ الطبعة السابقة .

الى أن الابن يخير أيهما أحب ، وهو قول أبى عبد الله بن حامد ، قال : يترك حتى يبلغ فينتسب الى من أحب منهما ، وذلك لأن دعواهما تعارضتا ، ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعيا رقه •

وقولهم : يميل طبعه الى قرابته •

قلنا : انما يميل الى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته ، فالمعرفة بذلك سبب الميل ، ولا سبب قبله ، ولو ثبت أنه يميل الى قرابته ، لكنه قد يميل الى من أحسن اليه ، فان القلوب جبلت على حب من أحسن اليها ، وبغض من أساء اليها ، وقد يميل اليه لاساءة الآخر اليه ، وقد يميل الى أحسنهما خلقا أو أعظمهما قدرا أو جاها أو مالا ، فلا يبقى للميل أثر فى الدلالة على النسب •

وقولهم : أنه صدق المقر بنسبه •

قلنا : لا يحل له تصديقه ، فان النبى صلى الله عليه وسلم لعن من ادعى الى غير أبيه ، أو تولى غير مواليه ، وهذا لا يعلم أنه أبوه ، فلا يأمن أن يكون ملعونا بتصديقه ، ويفارق ما اذا انفرد فان المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق •

وأما قول عمر رضى الله تعالى عنه : والى من شئت ، فلم يثبت ، ولو ثبت لم يكن فيه حجة ، فانه انما أمره بالموالاة لا بالانتساب •

وعلى قول من جعل له الانتساب الى أحدهما ، لو انتسب الى أحدهما ، ثم عاد وانتسب الى الآخر ، ونفى نسبه من الأول ، أو لم ينتسب الى أحد ، لم يقبل منه ، لأنه قد ثبت نسبه ، فلا يقبل رجوعه عنه ، كما لو ادعى منفردا نسبه ، ثم انكره •

ويفارق الصبى الذى يخير بين أبويه ، فيختار أحدهما ، ثم يرد الآخر اذا اختاره ، فانه لا حكم لقول الصبى ، وانما تبع اختياره وشهوته ، فأشبه ما لو اشتهى طعاما فى يوم ، ثم اشتهى غيره فى يوم آخر •

وان قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها ، وبطل انتسابه ، لأنها تبطل قول القافة الذى هو مقدم على الانتساب ، فلأن تبطل الانتساب أولى •

وان وجدت قافة بعد انتسابه فألحقته بغير من انتسب اليه بطل انتسابه أيضا ، لأنه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة •

ولو ادعى اللقيط[1] رجلان ، فقال أحدهما : هو ابنى وقال الآخر هو ابنى نظرنا فان كان ابنا فهو لمدعيه ، وان كانت بنتا فهى لمدعيها ، لأن كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه ، وان كان خنثى مشكلا أرى القافة معهما ، لأنه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر •

وان أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى ، لأن بينة الكاذب منهما كاذبة وجودها كعدمها ، والأخرى صادقة فيتعين الحكم بها •

واذا ادعى نفران[2] نسب صغير مجهول النسب ، ثم قتلاه قبل الحاقه بواحد منهما ، فلا قصاص عليهما ، لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما •

وان ألحقته القافة بأحدهما ، ثم قتلاه ، لم يقتل أبوه ، وقتل الآخر ، لأنه شريك الأب فى قتل ابنه ، وان رجعا جميعا عن الدعوى لم يقبل رجوعهما ، لأن النسب حق للولد ، فلم يقبل رجوعهما عن اقرارهما به ، كما لو أقر له بحق سواه أو كما لو ادعاه واحد فألحق به ثم جحده •

وان رجع أحدهما صح رجوعه ، وثبت نسبه من الآخر ، لأن رجوعه لم يبطل نسبه ، ويسقط القصاص عن الذى لم يرجع ، ويجب على الراجع ، لأنه شارك الأب •

---

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٦ ص ٤٠٦ الطبعة السابقة •

(٢) المرجع السابق لابن قدامة المقدسى ج ٩ ص ٣٦٢ الطبعة السابقة •

وان عفى عنه فعليه نصف الدية .

ولو اشترك رجلان فى وطء امرأة فى طهر واحد ، وأتت بولد يمكن أن يكون منهما ، فقتلاه قبل الحاقه بأحدهما ، لم يجب القصاص ، وان نفيا نسبه ، لم ينتف ، لأنه لحقه بالفراش ، فلا ينتفى الا باللعان ، وفارق التى قبلها من وجهين .

أحدهما اذا رجع عن دعواه لحق الآخر ، وها هنا لا يلحق بذلك .

والثانى ان ثبوت نسبه تم بالاعتراف فيسقط بالجحد ، وها هنا يثبت بالاشتراك فى الوطء فلا ينتفى بالجحد .

وجاء فى كشاف القناع[1] : أن الرجل ان وطئت امرأته أو أمته بشبهة فى طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطىء ، وانتفى عن الزوج من غير لعان وان أنكر الواطىء الوطء ، فالقول قوله بغير يمين ، ويلحق نسب الولد بالزوج وان أتت به لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج ، وان اشتركا فى وطئها فى طهر واحد ، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج ، لأن الولد للفراش .

وان ادعى الزوج أنه من الواطىء .

فقال بعض أصحابنا يعرض على القافة معهما ، فيلحق بمن ألحقته به منهما فان ألحقته بالواطىء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه ، وانتفى عن الزوج بغير لعان ، وان ألحقته بالزوج لحق ولم يملك الواطىء نفيه باللعان ، وان ألحقته القافة بهما لحق بهما ولم يملك الواطىء نفيه عن نفسه ، وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين ، فان لم يوجد قافة أو اشتبه عليهم لحق الزوج .

وجاء فى المغنى[2] : أنه ان ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبنى على قبول دعوتهما ، فان كانتا ممن لاتقبل دعوتهما لم تسمع دعوتهما ، وان كانت احداهما ممن تسمع دعوتهما دون الأخرى ، فهو ابن لها كالمنفردة وان كانتا جميعا ممن تسمع دعوتهما فهما فى اثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين .

وقال أحمد فى رواية بكر بن محمد فى يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف ، فقيل ترى القافة فقال ما أحسنه ، ولأن الشبه يوجد بينها وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه ، بل أكثر لاختصاصهما بحمله

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٣ ص ٢٥٥ ، ص ٢٥٦ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد ابن حنبل ج ٤ ص ١٠٦ ، ص ١٠٧ الطبعة السابقة .

(٢) المغنى لابن قدامة المقدسى وبهامشه الشرح الكبير للخرقى ج ٦ ص ٤٠٤ ، ص ٤٠٥ الطبعة السابقة .

وتغذيته ، والكافرة والمسلمة الحرة والأمة فى الدعوى واحدة ، وهذا قول أصحاب الشافعى على الوجه الذى يقولون فيه بقبول دعوتهما .

وان ألحقته القافة بأمين ، لم يلحق بهما ، وبطل قول القافة ، لأننا نعلم خطأه يقينا ، وذلك لأن كونه منهما محال يقينا ، فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما ، وفارق الرجلين ، فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين فى رحم امرأة ، فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ، ولذلك قال القائل لعمر : قد اشتركا فيه ، ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل كونه منه ، كما لم يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقة بأصغر منه .

وان[1] ولدت امرأتان ابنا وبنتا ، فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت احتمل وجهين .

أحدهما أن ترى المرأتين القافة مع الولدين ، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر .

والثانى أن يعرض لبنيهما على أهل الطب والمعرفة ، فان لبن الذكر يخالف لبن الأنثى فى طبعه وزنته ، وقد قيل : لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف ، فيعتبران بطباعهما وزنتهما ، وما يختلفان به عند أهل المعرفة ، فمن كان لبنها لبن الابن ، فهو ولدها ، والبنت للأخرى .

فان لم يوجد قافة ، اعتبرنا اللبن خاصة .

وان تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو انثيان عرضوا على القافة .

وجاء فى كشاف القناع[2] أن نفقة المولود المشتبه نسبه على الواطئين ، لاستوائهما فى امكان لحوقه بهما ، فاذا ألحق الولد بأحدهما رجع من لم يلحق به على الآخر بنفقته لتبين أنه محل الوجوب.

ويقبل قول القافة فى غير بنوة كأخوة وعمومة وخئولة ، لحديث عروة عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا علا ماؤها ماء الرجل أشبه الولد أخواله الحديث .

ولا يختص بالعصبات ، لأن المقصود معرفة شبه المدعى للميت بشبه مناسبيه وهو موجود فيما هو أعم من العصبات .

---

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى وبهامشه الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٠٥ ، ص ٤٠٦ الطبعة السابقة .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٤٣٩ الطبعة السابقة.

ومن له امتان (١) لكل واحدة منهما ولد ولا زوج لواحدة ولم يقر بوطئها فقال أحد هذين ابنى أخذ بالبيان فان عين أحدهما ثبت نسبه وحريته ويطالب ببيان الاستيلاد ، فان قال : استولدتها فى ملكى ، فالولد حر الأصل ، وأمه أم ولد ، وان قال : من نكاح أو وطء بشبهة ، فأمه رقيقة قن ، ذكره فى الكافى وغيره، وترق الأخرى وولدها ، وان ادعت الأخرى أنها المستولدة فالقول قوله بيمينه .

وان مات قبل البيان قام وارثه مقامه، فان لم يكن له وارث أو لم يعين الوارث عرض على القافة ، فالحق به من تلحقه به .

وان لم تكن قافة ، أو أشكل ، أقرع بينهما ، فيعتق أحدهما بالقرعة .

وقيل : أنه لا دخل للقرعة فى تمييز الانساب ، ويجعل سهمه فى بيت المال ، لأنا نعلم أن أحدهما يستحق نصيب ولده ولا يعرف عينه فلا يستحقه بقية الورثة قاله السامرى .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم فى المحلى (٢) : ان تزوج رجلان بجهالة امرأة فى طهر واحد ، أو ابتاع أحدهما أمة من الآخر ، فوطئها ، وكان الأول قد وطئها أيضا ، ولم يعرف أيهما الأول ، ولا تاريخ النكاحين ، أو الملكين فظهر بها حمل ، فأتت بولد ، فانه ان تداعياه جميعا ، أقرع بينهما فيه ، فأيهما خرجت قرعته ، ألحق به الولد ، وقضى عليه لخصمه بحصته من الدية ، ان كان واحدا فنصف الدية ، وان كانوا ثلاثة فلهما ثلثا الدية ، وان كانوا أربعة فثلاثة أرباع الدية .

وهكذا الحكم فيما زاد ، سواء كان المتداعيان أجنبيين ، أو قريبين ، أو أبا وابنا ، أو حرا وعبدا ، فان كان أحدهما مسلما والآخر كافرا ألحق بالمسلم ، ولابد بلا قرعة .

فان تدافعاه جميعا ، أو لم ينكراه ، ولا تداعياه ، فانه يدعى له بالقافة ، فان شهد منهم واحد عالم عدل فأكثر من واحد ، بأنه ولد هذا، ألحق به نسبه ، فان ألحقه واحد أو أكثر باثنين فصاعدا ، طرح كلامهم ، وطلب غيرهم ، ولا يجوز أن يكون ولد واحد ابن رجلين ، ولا ابن امرأتين .

وكذلك ان تداعت امرأتان فأكثر ولدا .

فان كان فى يد أحدهما ، فهو لها .

وان كان فى أيديهن كلهن أو لم يتداعياه، ولا أنكرتاه أو تدافعتاه ، دعى له القافة

---

(١) المرجع السابق ج ٤ ص ٣٠٠ الطبعة السابقة .
(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١٠ ص ١٤٨ المسألة رقم ١٩٤٥ الطبعة السابقة .

كما قلنا ، لما روى من طريق الليث ابن سعد عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين قالت : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مجززا نظر الى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : ان بعض هذه الأقدام لمن بعض .

وجاء فى المحلى (١) : أن الحكم بالقافة فى لحاق الولد واجب فى الحرائر والاماء، لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سر بقول مجزز المدلجى ، اذ رأى أقدام زيد بن حارثة وابنه أسامة فقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض .

مذهب الزيدية :

جاء فى التاج المذهب (٢) : أن اللقيط من بنى آدم يرد للوصف اذا وصفه بأمارات يغلب على الظن صدقه لأجلها ، ويقبل قوله ، وان لم يقم البينة على أنه ولده ، ويكون الوصف له وصفا له ولما فى يده فلا يحتاج الى بينة، فان كان بعد موته ولا ولد له ، أو ثمة واسطة ، فلابد من البينة والحكم ، فان تعدد الواصفون واستووا فى كونهم جميعا ذكورا أحرارا مسلمين ، وفى ادعائه ووصفه فى وقت واحد ، فابن لكل فرد منهم ، يرث من كل واحد ميراث ابن كامل ، ومجموعهم أب ، بمعنى أنه اذا مات هو ورثوه جميعا ميراث أب واحد ، وقوله استووا ، يعنى فان كان لأحدهم مزية بحرية أو اسلام ، فانه يكون له ولمن شاركه فى تلك المزية ، فيكون للحر دون العبد ، وللمسلم دون الكافر .

فلو كان أحد المدعيين حرا كافرا والآخر عبدا مسلما ، فانه يلحق بالعبد المسلم .

فأما لو كان أحدهما يهوديا ، والآخر نصرانيا ، فانه يثبت النسب فقط لهما لعدم المزية لا فى الدين ، فلا يلحق بأيهما لأنه قد حكم بأسلامه .

فأما لو كان أحدهما فاطميا والآخر غير فاطمى ، فلا ترجيح بذلك ، ولكن لا يصلح اماما ، ولا تحل له الزكاة .

فأما لو كان أحدهما صالحا ، والآخر فاسقا ، فانه يلحق بهما معا .

فأما لو ادعاه رجل وأمرأة ، فانه يكون أبا كاملا ، والمرأة أما كاملة .

وأما اذا ادعاه امرأتان ، فان تفردت احداهما بمزية ، لحق بها وان

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٤٣٥ المسألة رقم ١٨٠٦ الطبعة السابقة .

(٢) التاج المذهب فى أحكام المذهب لابن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٤٥٢ ، ص ٤٥٣ الطبعة السابقة وشرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار ج ٤ ص ٦٩ ، ص ٧٠ الطبعة السابقة .

لم تنفرد ، فلا يلحق بأيهما ، سواء بينتا أم لا ، لأن كذب احداهما معلوم ، الا أن يصدق احداهما بعد بلوغه ، فانه يلحق بها ، بخلاف الرجلين ، فهو يمكن أن يكون منهما •

فلو التقطه اثنان وتشاجرا فى حضانته ، كان على رأى الحاكم ، اما عين أحدهما ، والا أقرع بينهما ، وليس له أن يتناوباه ، لأن ذلك اضرار به لوحشته واختلاف غذائه •

ويحكم[1] لمن حمل به فى الكفر من أبويه بالكفر ، لأن أمه علقت به وهى كافرة وأبوه كافر ، والولد يلحق بأبويه فى الكفر والاسلام •

فلو أتت به لستة أشهر من الوطء بعد الردة ، أو لثلاثة أشهر قبلها ، وثلاثة أشهر بعدها ، حكمنا بكفر الولد حينئذ •

فان أتت به لدون ستة أشهر ، أو التبس عدد الشهور حكمنا باسلامه• قال فى شرح الأزهار[2] : لأن كل مولود يولد على الفطرة •

ويحكم للملتبس[3] حاله هل هو مسلم أم كافر بالدار التى هو فيها حيث لا قرينة ، فان كانت دار اسلام حكم له بالاسلام ، ولو وجد فى كنيسة أو بيعة ، وان كانت دار كفر حكم له بالكفر •

مذهب الأمامية :

جاء فى شرائع الاسلام[4] : أنه اذا وطىء اثنان امرأة وطئا يلحق به النسب ، فأما أن تكون زوجة لأحدهما ومشتبهة على الآخر ، أو مشتبهة عليهما ، أو يعقد كل واحد منهما عليها عقدا فاسدا ، ثم تأتى بولد لستة أشهر فصاعدا مالم يتجاوز أقصى الحمل ، فحينئذ يقرع بينهما ، ويلحق بما تعينه القرعة سواء كان الواطئان مسلمين ، أو كافرين ، أو عبدين، أو حرين ، أو مختلفين فى الاسلام والكفر والحرية والرق ، أو أبا وابنه ، هذا اذا لم يكن لأحدهما بينة ، ويلحق النسب بالفراش المنفرد ، والدعوى المنفردة ، والدعوى المشتركة، ويقضى فيه بالبينة ، ومع عدمها بالقرعة •

وجاء فى الخلاف[5] : أنه اذا اشترك اثنان فى وطء امرأة فى طهر واحد ،

---

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب ج ٤ ص ٤٦٥ ، ص ٤٦٦ الطبعة السابقة .

(٢) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٤ ص ٥٨٠ الطبعة السابقة .

(٣) التاج المذهب لأبى القاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٤ ص ٤٦٦ الطبعة السابقة

(٤) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ٢ ص ٢٣٠ الطبعة السابقة .

(٥) من كتاب الخلاف فى الفقه للطوسى ج٢ ص ٦٤٤ ، ص ٦٤٥ المسألة رقم ٢٣ الطبعة السابقة .

وكان وطئا يصح أن يلحق به النسب ، وأتت به لمدة يمكن أن يكون من كل واحد منهما ، أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعته ألحقناه به ، وبه قال على عليه السلام ، وذلك لا جماع الفرقة وأخبارهم ، فانهم لا يختلفون فى ذلك ، ولا نعتمد فى ذلك على قول القافة ، لأن القافة لا حكم لها فى الشرع ، لما روى أن العجلانى قذف زوجته بشريك بن السحماء وكانت حاملا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه الا أنه قد كذب عليها ، وان أتت به على نعت كذا وكذا فهو من شريك بن السحماء فأتت به على النعت المكروه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لولا الايمان لكان لى ولها شأن ، فوجه الدلالة أنه صلى الله عليه وسلم عرف الشبه ، ولم يعلق الحكم به ، فلو كان له حكم لكان يعلق الحكم به فيقيم الحد على الزانى ، فلما لم يفعل هذا ثبت أن الشبه لا يعلق به حكم .

والدليل على أن الولد لا يلحق برجلين قول الله تبارك وتعالى « يأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى [١] » فلا يخلو أن يكون كل الناس من ذكر وأنثى ، أو كل واحد منهم من ذكر وأنثى ، فبطل أن يريد كل الناس من ذكر وأنثى لأن كل الناس من ذكر واحد ، وهو آدم عليه السلام خلق وحده ، ثم خلق حواء من ضلعه الأيسر ، ثم خلق الناس منهما ، فاذا بطل هذا ثبت أنه أراد خلق كل واحد من ذكر وأنثى ، فمن قال من أنثى وذكرين فقد ترك الآية .

وجاء فى الروضة البهية [٢] : أنه لو تداعى بنوة اللقيط اثنان ولا بينة لأحدهما ، أو لكل منهما بينة ، فالقرعة لأنه من الأمور المشكلة ، وهى لكل أمر مشكل ، ولا ترجيح لأحدهما بالاسلام ، وان كان اللقيط محكوما باسلامه ظاهرا على قول الشيخ فى الخلاف ، لعموم الأخبار فيمن تداعوا نسبا لتكافؤهما فى الدعوى .

ورجح فى المبسوط دعوى المسلم ، لتأييدها بالحكم باسلام اللقيط على تقديره ، ومثله تنازع الحر والعبد مع الحكم بحرية اللقيط ، ولو كان محكوما بكفره أو رقه اشكل الترجيح ، وحيث يحكم به للكافر يحكم بكفره على الأقوى للتبعية ، وكذا لا ترجيح بالالتقاط ، بل الملتقط كغيره فى دعوى نسبه ، لجواز أن يكون قد سقط أو نبذه ، ثم عاد الى أخذه ، ولا ترجيح لليد فى النسب ، نعم لو لم يعلم كونه ملتقطا ، ولا صرح ببنوته ، فادعاه غيره فنازعه ، فان قال : هو لقيط وهو ابنى فهو سواء وان قال : هو ابنى

(١) الآية رقم ١٣ من سورة الحجرات .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ٢ ص ٢٤٢ الطبعة السابقة .

واقتصر ولم يكن هناك بينة على أنه التقطه فقد قرب فى الدروس ترجيح دعواه عملا بظاهر اليد .

وجاء فى شرائع الاسلام [١] : أنه لو تشاح ملتقطان مع تساويهما فى الشرائط أقرع بينهما ، اذ لا رجحان ، وربما انقدح الاشتراك ، ولو نزل أحدهما للأخر صح ، ولم يفتقر النزول الى اذن الحاكم ، لأن ملك الحضانة لا يعدوها .

واذا التقطه اثنان ، وكل واحد منهما لو انفرد أقر فى يده وتشاحا فيه ، أقرع بينهما سواء كانا موسرين ، أو أحدهما حاضرين ، أو أحدهما ، وكذا ان كان أحد الملتقطين كافرا ولو وصف أحدهما علامة لم يحكم له .

واذا ادعى بنوته اثنان ، فان كان لأحدهما بينة حكم بها ، وان أقام كل واحد منهما بينته أقرع بينهما ، وكذا لو لم يكن لأحدهما بينة ، ولو كان الملتقط أحدهما ، فلا ترجيح باليد ، اذ لا حكم لها فى النسب ، بخلاف المال ، لأن لليد فيه أثرا .

واذا اختلف كافر ومسلم ، أو حر وعبد فى دعوى بنوته .

قال الشيخ : يرجح المسلم على الكافر والحر على العبد .

وفيه تردد .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل [٢] : أنه ان ولدت امرأتان مسلمتان أو مشركتان ، أو احداهما مسلمة والأخرى مشركة ، حرتان أو أمتان ، أو احداهما حرة والأخرى أمة ، زوجان ، أو احداهما زوج والأخرى سرية ، وكذا الأزواج فى بيت أو غيره ، فماتتا هما أو احداهما أو حييتا معا ، ولا يفرز ولداهما ، فاختلف أبواهما ، أو أماهما ، أو أولياؤهما على الولدين ، سواء كانا ذكرين ، أو أنثيين أو أحدهما ذكرا والآخر أنثى ، أو تنازعا فى الحى منهما ، ان مات الآخر ، أو ماتا معا ، وهذا لأمر التجهيز والدفن ، ولا يقعد أحدهما للآخر ، فالولدان خليطان ، وكذا ثلاث نسوة فأكثر لثلاثة رجال فأكثر ، وامرأتان فأكثر لرجل، وولدان فأكثر لامرأة مع ولد فصاعد الأخرى.

وقيل : يحكم بالشبه أو القافة .

وأما لغيرهما فهما قاعدان لغيرهما ، وكذا ناقتان ، أو شاتان ، أو بقرتان ، أو غير ذلك فصاعدا ولدتا بمحل ليلا ،

---

(١) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ٢ ص ١٧٥ الطبعة السابقة .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٦٨٩ ، ص ٦٩٠ ، ص ٦٩١ الطبعة السابقة .

أو فى ظلمة ، أو فى نهار ضوء لكن لم يحضروا ولادتهما ، فاختلط أولادهما ، فاختلف أصحابهما ولو وجد أتباع من نتاج الأمهات ، أو من أمهات النتاج ، أى لا يحكم باتباع الاولاد الأمهات ، أو باتباع الأمهات الأولاد ، فلا تعود لأربابها بالتبع ، فالأولاد مال مختلط يصلحون فيه ، وذلك لأن الأولاد كلها تبعت الأمهات كلهن ، أو الأمهات كلهن تبعن الأولاد كلها ، أو الولد تبع الأمهات كلهن ، أو تبعت أم منهن كل الأولاد ، ونحو ذلك من صور التعدد .

وقيل : يحكم بالشبه .

وأما ان انفردت احداهما أى احدى الأمين وكذا احدى الأمهات عن المحل بأحد الأولاد فى الاتباع تبعته أو تبعها ، ودخل فى ذلك ما لو كان كل واحد يتبع غير ما يتبع الآخر فربها أقعد فيه أى فى الولد ، لعلة الاتباع ، فيبقى الآخر للآخر أو الباقى للباقين ، الا ان كانت احدى الأمهات ولدت اثنين فأكثر ، والأخرى ولدت واحدا فصاعدا ، فانه يقعد فى الذى تبع دابته أو تبعته ، ويشترك فى الباقى بواحد شركة خلطة ، وكذا ان مات احداهما وعاش الآخر على ما مر من أنه ان مات أحد الولدين ، واختلف أصحابهما فى الحى كل يدعيه فلا يقعد أحدهما فى الحى ولا فى البيت ، بل شركة خلطة فيهما تبعتا الحى ، أو تبعهما ، أو لم تتبعاه ، ولم يتبعهما وان تبعته احداهما ، أو تبع أحداهما قعد فيه ربها ، وان ماتتا ووجد ولد واحد فهو مختلط فى الآدميات أو البهائم .

ثم قال : وقعد رب مرضعة فى رضيعها ولو وقفت حولها أخرى تلحسه أو تتحنن عليه ، لأن الرضاعة أقوى من ذلك .

ولا يحكم فى بنى آدم بقبول الولد لأحدى المرأتين ، وان رضعهما معا ، أو اتبعهما معا فشركة .

الاشْتِبَاهُ فِى الْغَصْبِ

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[1] : أن الغاصب لو خلط دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطا لا يتميز ، ضمن مثلها وملك المخلوط ، لأنه أتلفها بالخلط ، وان مات كان ذلك لجميع الغرماء ، والمغصوب منه أسوة الغرماء ، لأنه زال ملكه عنها وصار ملكا للغاصب .

ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعة ، فلا يضمن ، وهو شريك للمغصوب منه ، لأن الاختلاط من غير صنعة هلاك ، وليس باهلاك فصار كما لو تلفت بنفسها ، وصارا شريكين ، لاختلاط الملكين على وجه لا يتميز .

ولو أن رجلا له كران اغتصب رجل

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٧ ص ١٦٦ الطبعة السابقة .

أحدهمـــا ، ثم أن المـــالك أودع الغـــاصب ذلك الآخـــر ، فخلطـــه بكر الغصب ، ثم ضاع ذلك كله ، ضمن كر الغصب ، ولم يضـــمن كر الوديعـــة بسبب الخلط لأنه خلط ملكه بمـــلكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضـــمان عليه بسبب الخلط وبقى الكر المضمون وكر الأمانة فى يده على حالهمـــا ، فصـــار كأنهمـــا هلكـــا قبل الخلط .

وجـــــاء فى الفتـــــاوى الهنديـــة (١) : أن الغاصب اذا خلط المغصوب بمـــال نفســـــه أو بمـــال غيره فهـــو على ضربين :

خلط ممازجة ، وخلط مجاورة .

أمـــا خلط الممازجة فهو على ضربين :

خلط لا يمكن التمييز بينهمـــا بالقســـــمة كخلط دهن الجـــوز بدهن البـــذر ، ودقيـــق الحنطـــة بدقيق الشعير ، فالخالط ضامن ، ولا حق للمالك فى المخلوط بالاجماع .

وان أمكن التمييز بينهمـــا بالقســـمة كخلط الجنس بالجنس مثل الحنطة بالحنطة ، واللبن باللبن ، فكذلك عنـــد أبى حنيفـــة رحمـــــه الله تعـــالى ، وعندهمـــا المالك بالخيـــار ، ان شاء ضمنه مثل حقه ، وان شـــاء شـــاركه فى المخلوط ، واقتسماه على قـــــدر حقهما .

وأمـــا خلط المجـــاورة فهـــو على ضربين

خلط يمكن التمييز معـــه بلا كلفة ومشقة .

وخلط لا يمكن التمييز معه الا بكلفة ومشقة .

فان أمـــكن التمييز بينهمـــا بـــلا كلفـــة ومشـــقة كخلط الدراهم بالدنـــانير ، والبيض بالســـود لا يضـــمن الخالط ، ويميز .

وان لـــم يمكن التمييز الا بكلفـــة ومشقة، كخلط الحنطـــة بالشـــعير ، ذكر فى الـــكتاب أنـــه يضمـــن الخالط ، ولـــم يذكر الخيـــار للمالك نصـــــا .

ثم اختلفوا .

قيل : هـــذا قولهمـــا .

وفى قول أبى حنيفـــة رحمه الله تعـــالى : لا يشترك ، لأن الحنطـــة لا تخلو عن حبـــات الشـــعير ، فيكون خـــــالط الجنس بالجنس فيملك عنـــده .

وقيل : له الخيـــار عندهم جميعـــا .

وقيل : الصحيح أنهما لا يشتركان عندهم جميعـــا .

مذهب المالكية :

جاء فى حاشية الدســـوقى على الشرح (٢) الكبير : أن من زرع أرضـــا بوجـــه شـــبهة ،

(١) الفتـــاوى الهنـــدية المسماه بالفتـــاوى العالمكرية وبهامشه فتاوى قاضيخان للأوزجندى ج ٥ ص ١٣٢ الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الدســـوقى على الشرح الكبير وبهامشه تقريرات الشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٤٦٢ الطبعة السابقة .

بأن اشتراها ، أو ورثها ، أو اكتراها من غاصب ، ولم يعلم بغصبه ، ثم استحقها ربها قبل فوات ما تراد له تلك الأرض ، فليس للمستحق الا كراء تلك السنة ، وليس له قلع الزرع ، لأن الزارع غير متعد .

فان فات الابان ، فليس للمستحق على الزارع شىء ، لأنه استوفى منفعتها ، والغلة لذى الشبهة ، والمجهول للحكم .

واذا جهل حال الزارع ، هل هو غاصب أم لا ؟ فكالتى قبلها ، حملا له على أنه ذو شبهة ، اذ الأصل فى الناس عدم العداء [١] .

والغلة لذى الشبهة من مشتر ، ومكتر من غاصب لم يعلما بغصبه ، لا وارثه مطلقا ، كموهوبة ان أعسر الغاصب ، ولا من أحيا أرضا يظنها مواتا ، فلا غلة لهم ، ولذا قال أبو الحسن : الغلة لا تكون لكل ذى شبهة ، أو المجهول حاله ، هل هو غاصب ، أو هل واهبه غاصب ، أم لا ، للحكم بالاستحقاق على من هى بيده ، ثم تكون للمستحق والوارث من غير الغاصب ، بل من ذى شبهة أو مجهول ، أو من مشتر من نحو غاصب .

وأما وارث الغاصب فلا غلة له اتفاقا .

وموهوب من غير غاصب أو منه ان أيسر الغاصب ، لا ان أعسر .

فلا غلة لموهوبه ومشتر من الغاصب اذا تحقق عدم علمهم ، أو جهل علمهم ، لحملهم على عدم العلم ، فالغلة لهم الى يوم الحكم بها للمستحق ، فان علموا فلا غلة لهم بل تكون للمستحق .

وان انفذت [٢] وصية ميت استحقت رقبته بعد موته برق ، وكان قد أوصى بوصايا ، أنفذ وصيه قبل الاستحقاق ، لم يضمن وحتى صرف المال فيما أمر بصرفه فيه ، والا ضمن ، ولا يضمن ، حاج حج عنه بأجره من تركته كما أوصى ، ان اشتهر الميت أيام حياته بين الناس بالحرية ، ولم يظهر عليه شىء من أمارات الرق ، بل ولو جهل حاله على الأرجح ، لأن الأصل فى الناس الحرية لكن رجح أن الحاج اذا عينه الميت لم يضمن ، وان لم يعرف بالحرية ، وأخذ السيد المستحق الميت ما كان باقيا من تركته لم يبع ، وما بيع وهو قائم بيد المشترى لم يفت بالثمن الذى اشتراه به المشترى ولا ينقض البيع ، فيدفع السيد الثمن للمشترى ، ويرجع به على الوصى الذى باعه به ، ان كان باقيا بيده ، أو صرفه فى غير ما أمر به شرعا ، والا لم يرجع عليه بشىء كما تقدم .

وكمشهود بموته تصرف وارثه ، أو وصيه فى تركته ، وتزوجت زوجته ، ثم

---

(١) المرجع السابق للدسوقى ج ٣ ص ٤٦٤ الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٧٢ ، ص ٤٧٣ الطبعة السابقة . .

قــدم حيــا ان عذرت بينة الشــاهد بموته فى دفــع تعمــد الكــذب عنهــا بأن رأته صريعــا فى المعــركة ، فظنــت موتــه ، أو مطعونا فيهــا ، ولم يتبين لهــا حيــاته ، أو نقلــت عن غيرهــا ، فانه يأخــذ ما وجــد من مالــه ، ويأخــذ مــا بيــع بالثمــن ان كان قائمــا بيــد المشــترى لــم يفت ، والا بأن لم يعــرف الأول بالحــرية ، ولم تعــذر بينة الثــانى ، فالآخــذ لشىء كالمشــترى من الغاصــب ، فيأخــذ ربــه مــا وجــده ان شــاء ، وان شــاء أخــذ الثمــن ، ســواء فات أو لم يفت ، وترد له زوجتــه ولو دخل بهــا غيره .

وما فات بيــد المشــترى فى المســألتين ، فالثمن يرجــع به للمســتحق للميت والمشــهود بمــوته على الوصى ان لــم يصــرفه فيمــا أمــر به شرعا .

والمــراد بالفــوات هنــا ذهــاب العين ، أو تغير الصــفة كمــا أشــار له بقــوله : كمــا لو دبر المشــترى العبــد ، وأولى ان أعتقــه ، أو كبــر صــغير عنــده فيتعــين أخــــذ الثمــن ، بخــلاف قــوله : والا فكالغاصــب ، فلــه أخــذه ، أو الثمــن ، ولــو اعتقــه أو كاتــبه أو أولدهــا فلــه أخــذها ، وقيمــة الولد .

مذهب الشافعيــة :

جــاء فى المهــذب [1] أنه ان غصب شخص شــيئا فخلطه بمالا يتميز منــه من جنســه بأن غصــب صــاعا من زيت فخلطه بصــاع من زيته ، أو صــاعا من الطعــام فخلطــه بصــاع من طعــامه ، نظرت .

فان خلطــه بمثلــه فى القيمــة ، فلــه أن يدفــع اليــه صــاعا منــه ، لأنــه تعــذر بالاختــلاط عين مالــه ، فجــاز أن يدفــع اليه البعض من ماله ، والبعض من مثله .

وان أراد أن يدفــع اليــه مثلــه من غيره وطلب المغصــوب منــه مثله منــه ففيــه وجهــان .

أحــدهما ، وهو المنصــوص : أن الخيــار الى الغاصــب لأنــه لا يقــدر علــى رد عين ماله ، فجــاز أن يدفع اليــه مثلــه ، كمــا لــو هــلك .

والثــانى وهــو قــول أبى اسـحاق ، وأبى علــى بن أبى هــريرة : أنــه يلزمه أن يدفــع اليــه صــاعا منــه ، لأنه يقــدر أن يدفــع اليــه بعض ماله ، فــلا ينتقــل الى البــدل فى الجميــع ، كمــا لو غصــب صــاعا فتلف بعضــه .

وان خلطه بأجــود منــه ، فان بذل الغاصب صــاعا منــه ، لزم المغصــوب منــه قبوله لأنه دفــع اليــه بعض ماله ، وبعض مثلــه خــيرا منــه .

وان بذل مثلــه من غيره ، وطلب المغصــوب منــه صــاعا منــه ، ففيــه وجهــان .

---

(١) من كتاب المهذب لأبى اسحاق الشيرازى ج ١ ص ٣٧١ وما بعدها الطبعة السابقة .

أحدهمـا وهو المنصوص فى الغصـب أن الخيـار الى الغاصـب : لأنـه تعـذر رد المغصـوب بالاختـلاط ، فقبل منه المثـل •

والثـانى : أنه يبـاع الجميع ويقسـم الثمن بينهمـا على قـدر قيمتهمـا ، وهـو المنصـوص فى التفليس ، لأنا اذا فعلنـا ذلك أوصـلنا كل واحـد منهمـا الى عين ماله ، واذا أمكن الرجـوع الى عين المـال ، لـم يلزم الرجـوع الى البـدل ، فـان كان مـا يخص المغصـوب منـه من الثمن أقـل من قيمـة مالـه ، اسـتوفى قيمـة صـاعه ، ودخـل النقص على الغاصـب ، لأنه نقص بفعله ، فلزمه ضـمانه •

وعلى هـذا الوجـه ان طلب المغصـوب منـه أن يدفـع اليـه من الزيت المختـلط بقـدر قيمة ما له ففيـه وجهـان •

أحـدهما : لا يجـوز ، وهـو قـول أبى أسـحاق ، لأنه يأخـذ بعض صـاع عـن صـاع وذلك ربا •

والثـانى : أنه يجـوز ، لأن الربا انمـا يكون فى البيع ، وليس ها هنـا بيع ، وانمـا يأخـذ هـو بعض حقـه ، ويترك بعضـه ، كرجـل له على رجـل درهم فأخـذ بعضـه ، وترك البعض وان خلطـه بمـا دونه ، فان

طلب المغصـوب منـه صـاعا ، وامتنـع الغاصـب ، أجبـر على الدفع ، لأنـه رضى بأخـذ حقه ناقصـا •

وان طلـب مثـله من غـيره ، وامتنـع الغاصـب أجبـر علـى دفـع مثـله ، لأن المخلوط دون حقـه ، فـلا يلزمه أخـذه •

ومن أصحابنا من قـال : يبـاع الجميع ، ويقسـم الثمن بينهمـا على قدر قيمتهما ، ليصـل كل واحـد منهمـا الى عين ماله ، وان نقص ما يخصـه من الثمن عن قيمتـه ، ضـمن الغاصـب تمـام القيمـة لأنه نقص بفعـله •

وان غصـب شـيئا فخلطه بغير جنسـه أو نوعـه •

فـان أمكن تمييزه كالحنطـة اذا اختلطت بالشـعير ، أو الحنطـة البيضـاء اذا اختلطت بالحنطـة السـمراء ، لزمه تمييزه ورده ، لأنه يمكن رد العين ، فلزمه •

وان لـم يمكن تمييزه كالزيت اذا خلطـه بالشـيرج ، لزمه صـاع من مثلـه ، لأنه تعـذر رد العـين بالاختـلاط ، فعـدل الى مثلـه •

ومـن أصـحابنا مـن قـال : يبـاع الجميـع ، ويقسـم الثمـن بينهمـا علـى قدر قيمتهمـا ، ليصـل كل واحد منهمـا الى عـين مالـه ، كمـا قلنـا فى القسـم قبـله •

وان غصـب دقيقـا فخلطـه بدقيق لـه ففيـه وجهـان •

أحـدهما : أن الدقيق له مثـل ، وهـو

قول : أبى العباس وظاهر النص ، لأن تفاوته فى النعومة والخشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة فى صغر الحب وكبره ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة اذا خلطها بالحنطة .

والثانى : أنه لا مثل له وهو قول أبى أسحاق لأنه يتفاوت فى الخشونة والنعومة ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض .

فعلى هذا اختلف أصحابنا فيما يلزمه .

فمنهم من قال : يلزمه قيمته لأنه تعذر رده بالاختلاط ، ولا مثل له ، فوجبت القيمة .

ومنهم من قال : يصيران شريكين فيه فيباع ، ويقسم الثمن بينهما ، على ما ذكرناه فى الزيت اذا خلطه بالشيرج .

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع [1] : أن الغاصب ان خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز فيه المغصوب عن غيره ، مثل أن يخلط حنطة بمثلها أو يخلط دقيقا بمثله ، أو زيتا بمثله ، أو نقدا بمثله ، لزم الغاصب مثل المغصوب المختلط من المغصوب وغيره ، لأنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل فى الباقى ، فلم ينتقل الى بدله فى الجميع ، كما لو غصب صاعا ، فتلف بعضه .

ولا يجوز للغاصب أن يتصرف فى ماله منه بدون اذن المغصوب منه ، لأنها قسمة ، فلا تجوز بغير رضا الشريكين .

ولا يجوز أيضا للغاصب أن يخرج قدر الحرام من المختلط بدون اذن المغصوب منه ، لأنه اشتراك ، فلا يقاسم نفسه لا استهلاك .

وأنكر الامام قول من قال : يخرج منه قدر ما خالطه .

هذا ان عرف ربه .

فان لم يعرف ، تصدق به عن ربه ، وما بقى حلال ، وان عبر الحرام الثلث قال أحمد فى الذى يعامل بالربا يأخذ رأس ماله ، ويرد الفضل ان عرف ربه ، والا تصدق به ، ولا يؤكل عنده شىء .

وان شك فى قدر الحرام تصدق بما يعلم أنه أكثر منه ، نص عليه .

وان خلط المغصوب بدونه من جنسه ، أو خلطه بخير منه من جنسه ، أو خلطه بغير جنسه مما له قيمة ولو بمغصوب مثله لآخر ، وكان الخلط على وجه لا يتميز كزيت بشيرج ، فمالكا المخلوطين شريكان بقدر قيمتهما ، فيباع الجميع ، ويدفع الى

---

(١) كشاف القناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٢ ص ٣٥٠ ، ص٣٥١ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٤٦ الطبعة السابقة .

كل واحـد قـدر حقـه ، كاختلاطهما مـن غير غصب ، لأنه اذا فعل ذلك وصـل كل منهما الى حقـه ، فان نقص المغصـوب عن قيمتـه منفـردا فعـلى الغاصـب ضـمان النقص ، لأنه حصـل بفعله .

وان خلطه بمـا لا قيمـة له كزيت بمـاء .

فـان أمـكن تخليصـه ، خلصـه ورده ونقصـه .

وان لـم يكن تخليصـه أو كان يفسـده فعليـه مثله .

وان اختـلط درهم لانسـان بدرهمـين لآخـر مـن غـير غصـب ، فتلف درهمـان اثنـان ، فما بقى وهو درهم فهـو بينهمـا نصـفين ، لأنه يحتمـل أن يـكون التالف الدرهمـين ، فيختص صـاحب الدرهم به ، ويحتمـل أن يـكون التالف درهمـا لهـذا ، ودرهما لهـذا ، فيختص صـاحب الدرهمين بالبـاقى ، فتسـاويا ، لا يحتمل غير ذلك ، ومـال كل واحـد منهمـا متميز قطعـا ، بخـلاف المسـائل المتقـدمة ، غـايته أنه أبهم علينـا ، ذكره فى الأنصـاف .

وقال فى تصحيح الفـروع قلت ويحتمـل القـرعة وهـو أولى ، لأنـا متحققـون أن الدرهم لواحـد منهما لا يشركه فيـه غيره ، وقـد اشـتبه علينـا فأخرجناه بالقـرعة ، وان خلط المغصـوب بغير جنسـه فتراضـيا على أن يأخذ المغصوب منـه أكثر من حقـه أو أقـل منـه .

جـاز ، لأن بدلـه من غـير جنسـه ، فـلا تحـرم الزيـادة بينهمـا ، بخـلاف ما لـو خلطـه بجيـد ، أو ردىء ، واتفقا على أن يأخـذ أكثر من حقـه من الردىء ، أو دون حقـه من الجيـد ، لـم يجـز ، لأنه ربا ، وان كان بالعكس فرضى بأخـذ دون حقـه من الردىء ، أو سـمح الغاصب بدفع أكثر مـن حقـه مـن الجيـد ، جـاز ، لأنه لا مقـابل للزيـادة .

مذهب الظاهرية :(١)

جـاء فى المحلى أن مـن غصـب شـيئا أو أخـذه بغير حـق ، لكن ببيـع محـرم ، أو هبـة محـرمة ، أو بعقـد فاسـد ، أو وهـو يظن أنه له ففـرض عليـه أن يرده ان كان حـاضرا ، أو مـا بقى منـه ان تلف بعضـه ، أقله أو أكثره ، ومثـل ما تلف منـه أو يرده ، ومثـل مـا نقص من صـفاته ، أو مثـله ان فاتت عينـه ، وأن يـرد كـل ما اغتـل منـه ، وكل ما تولد منـه كمـا قلنـا سـواء سواء الحيـوان ، والـدور ، والشـجر ، والأرض ، والرقيـق ، وغـير ذلك سـواء فى كل مـا قلنـا ، فـيرد كل ما اغتـل من الشـجر ، ومن المـاشية من لبن ، أو صـوف أو نتـاج ، ومن العقـار اكداء .

وان كانت أمـة فأولدهـا ، فان كان عالما فعليـه الحـد حـد الزنـا ، ويردهـا

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٨ ص ١٣٥ مسألة رقم ١٢٥٩ الطبعة السابقة .

وأولادهــا ، ومــا نقصــها وطــؤه ، وان كان جــاهلا فــلا شىء عليــه من حــد ولا اثم ، لــكن يردهــا ، ويــرد أولاده منهــا رقيقــا لسيدها ، ويرد ما نقصــها وطؤه : ولا شىء لــكل من ذكرنا علــى المســتحق فيمــا أنفق كثر أم قــل .

مذهب الزيدية :

جــاء فى شرح الأزهــار(١) : أن الغاصب يملك ما اســتهلكه بخلطــه ســواء خلطــه بملكه أم بملك غــيره ، حتى لم يتميــــز ، وليس من ذوات الأمثال أو فعــل فيــه فعلا كــان ســبب ازالة اســمه واذهــاب معظم منافعــه ، فانه يصــير بذلك مســتهلكا له ، فيملكه عنــد القاســم ، وتلزمه قيمتــه ان كان مــن ذوات القيــم ، أو مثلــه ان كان من ذوات الأمثــال ، وذلك نحــو أن يغصــب قطنــا فغــزله ، أو غــزلا ، فنســجه ، أو بيضــا فأحضــنه ، أو حبــا فطحنــه ، أو بــذر به فى أرضــ ندبــة تنبــت ، أو ســقاه أو دقيقــا فخبزه ، ونحــو ذلك ، ولابد مــن هــذه القيــود الثــلاثة زوال الاســم ، وزوال معظــم المنــافع ، وكون زوالهــا بفعــل الغاصــب .

وعنــد المؤيــد بالله أنه يأخــذه صاحبه ، ولا حــق فيــه للغاصــب ، لأن كل فعــل اذا فعــله المــالك فى ملكــه ، لــم يزل بــه ملكه ، فانه لا يــكون اســتهلاكا اذا فعــله الغاصــب ، وهــو قول النــاصر ، فعــلى هــذا لا يكون الغــزل والنســج والطحــن ونحــوها اســتهلاكا عنــده ، لــكن يلزم الغاصــب الأرش والاعتــذار والاســتحلال للاســـاءة .

واذا راضى الغاصــــب المــالك فــانه يطيب لــه الشىء المســتهلك بعــد المراضــاة لمالــكه .

فلــو تصرف قبــل المراضــــاة ببيــع ، أو هبــة ، أو نحــو ذلك ، لــم ينفــذ تصرفه ذكــر ذلك أبو مضر ، ولــم يفــرق بــين أن تزول العــين بالكليــة كالنــوى اذا صــار شــجرا أم لا ، كالحب اذا طحنــه ، وهــكذا عن الــكافى .

وان التبس (٢) المالك مــع كونه متعــددا منحصرا قســمت تلك العــين فيمــا بينهم ، لــكن لا يقســم الا بعــد اليــأس مــن معــرفته ، وهــذا مذهب الهــادوية وأحــد قــولى المؤيــد بالله .

وقال المنصــور بالله وأحــد قــول المؤيد بالله : أنه اذا التبس المالك صــارت العــين لبيت المــال .

قال مولانا عليــه الســلام . والظاهــر من مذهب الهــادوية أنــه لا يلزمه شىء آخــر فى البــاطن بعد القسمة .

(١) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٣ ص ٥٣٩ ، ص ٥٤٠ الطبعة السابقة .

(٢) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار وهامشه ج ٣ ص ٥٥٧ الطبعة السابقة .

وقد يقال : بل يلزمه لكل واحد قيمة كاملة فى الباطن ، لأن ذمته مشغولة بيقين ، فلا تبرأ الا بيقين ٠

مذهب الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام[١] : أنه يجب رد المغصوب ما دام باقيا ولو تعسر ، كالخشبة تستدخل فى البناء ، واللوح فى السفينة ، ولا يلزم المالك أخذ القيمة، وكذا لو مزجه مزجا يشق تميزه كمزج الحنطة والشعير ، أو الدخن بالذرة ، وكلف تميزه واعادته ، ولو خلط ثوبه بخيوط مغصوبة ، فان امكن نزعها ، ألزم ذلك ، وضمن ما يحدث من نقص ، ولو خشى تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة ، وكذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمة ، لم ينتزع الا مع الأرش عليه تلفا وشيئا وضمنها ٠

ولو حدث فى المغصوب عيب مثل تسويس التمر ، أو تخريق الثوب رده مع الأرش ولو كان العيب غير مستقر ، كعفن الحنطة ، قال الشيخ يضمن قيمة المغصوب ٠٠

ولو قيل يرد العين مع أرش العيب الحاصل ، كلما ازداد عيبا دفع أرش الزيادة كان حسنا ، ولو كان بحاله رده ، ولا يضمن تفاوت القيمة السوقية ٠

واذا غصب دهنا[٢] كالزيت أو السمن فخلطه بمثله ، فهما شريكان ، وان خلطه بأدون أو أجود ٠

وقيل : يضمن المثل لتعذر تسليم العين ٠

وقيل يكون شريكا فى فضل الجودة ويضمن المثل فى فضل الرداءة الا أن يرضى المالك بأخذ العين ، أما لو خلطه بغير جنسه فانه يكون مستهلكا ويضمن المثل ٠

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح[٣] النيل : ان من جار عليه باغ يخير ان علم أن ما أخذه الباغى ممن هو فى يده ، فكان فى يده هو وتملكه وليس ملكا له ، كان بيد من أخذه ذلك الغاصب منه بغصبه أى غصبه من غاصب ، وكذا لو كانت الغصبة ثلاثة فصاعداً كل واحد يغصب من الآخر ، وتداوله غاصبان أو أكثر يغصبه من غاصب هو عمرو ، ثم يغصبه عمرو من غاصب منه فى أخذه منه اى من الغاصب الأخير للرد

---

(١) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ٢ ص ١٥٢ الطبعة السابقة ٠

(٢) المرجع السابق للمحقق الحلى ج ٢ ص ١٥٤ الطبعة السابقة ٠

(٣) من كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٧ ص ٤٤١ ، ص ٤٤٢ ص ٤٤٣ طبع مطبعة يوسف البارونى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ ٠

لـربه ان علمـــه ، أو لـــم يعلمـــه ، فـــان تشـــاكل عليه وأيس منـــه أنفقـــه أو أوصى به ، ولا يرده للغاصـــب الأول ، ولا لغـــيره من الغصـــبة وانمـــا ســـمى الغاصـــب من الغاصـــب غاصـــبا مـــع أنـــه ليس ملـــكا للغاصـــــب المغصـــوب منـــه لأن الـــذى أخـــذه مـــن الغاصـــب لـــم يأخـــذه ليرده لمالكه ، بـــل ليـــأكله ، أو يتلفـــه ، أو يتصرف فيـــه ، وخـــير فى تركه وأخـــذه ، وذكـــر التخيير هنـــا ، ولـــم يذكره فى غاصـــب من صـــاحب المـــال مـــع أن التخيير صـــحيح فيـــه أيضـــا ، لأن أخـــذه من غاصـــب من مالكه آكد •

وانمـــا تجب تنجيـــة مـــال المســـلم اذا كانت بلا قتـــال •

وقيـــل : لا تجب ولو بلا قتـــال •

وكذا يخير فى كل مال مريب أخـــذه ممن فى يده بريبـــة أو أخذه غصـــبا من غاصـــب من مريب •

وكـــذا فى كل مـــال حـــرام ، مثـــل أن يغصـــب مـــال من يخالط الحـــرام أو الربـــا أو يغصـــب الربـــا أو مـــا أعطى المغصوب منـــه فى زنـــا أو لعب ولهـــو ، فان أخـــذه فانما يعطيـــه من انتقـــل منـــه الى المغصوب منـــه ، ســـواء غصـــب من ذى ريبـــة أو حـــرام ، أو مـــن غاصـــب أو أكثـــر عـــن ذى ريبـــة أو حـــرام •

ووجـــه ذلك ونحـــوه أن النهى عـــن المنكر بقـــدر الطاقة ، فاذا أطلق بيـــده فعـــل بيده كهـــذه المســـائل •

وحل لمن جـــار عليـــه باغ دفاعه وقتـــاله من مـــال آخـــذه لا يحـــل له أخـــذه ولـــو ريبة ولو لم يعـــلم ربه ويعمـــل فيه بعـــلم ان نزعـــه منـــه بأن يعطيـــه ربه أو الفقـــير ان لم يعلمـــه ، أو ثمنـــه ، أو يوصى بـــه ، أو يعطيـــه لمن هـــو فى يده بالريبة ، ولا يزكيه •

وقيـــل : يزكيه ان تم فيـــه النصـــاب ، أو عـــلم صـــــاحبه أنه تم عنـــده اذا كان ممـــا يزكى ، والا فحتى يعـــلم أنه يتجـــر فيـــه •

والصـــحيح أنه لا يزكيـــه ، لأن صـــاحبه ممنـــوع عنـــه •

ثم قـــال : ومـــن طلب باغيـــا على ماله ، أو مـــال غيره وجمع له رجـــالا يقـــاتله بهم ، أو قاتلـــه وحـــده ، أو مـــع واحـــد ، أو اثنـــين ، وقتـــله بنفســـه ، أو بغـــيره ، أو لـــم يقتـــله ، ووجـــد ما أخـــذه ذلك البـــاغى مـــال غـــيره ، وكان يطلبـــه علـــى مـــال نفســـه ، وعلى مـــال نفســـه قاتل ، ووجـــد ما أخـــذه البـــاغى مـــال رجل آخـــر مثـــلا غير مـــال الرجـــل الذى يطلب لـــه ماله أو عـــلم ذلك قبـــل قتاله ، فعـــلم أن ما أخـــذه الغاصـــب غير مالـــه ، وكـــذا ان عـــلم أنه مـــال رجـــل غير الرجـــل الذى يطلب لـــه ، أو عـــلم باختـــلاطه ، أى باختـــلاط مالـــه بمـــال غيره ، أو باختـــلاط مـــال رجـــل بمـــال رجـــل مثـــلا ، أو باختـــلاط مال الغاصـــب بمـــال الطالب ، أو مـــال رجـــل يطلب لـــه ذلك الطالب ماله ، أو مـــال الغاصـــب بمـــال الطـــالب ، أو مـــال رجـــل يطلب لـــه ذلك الطالب مالـــه ، أو مـــال رجـــل آخـــر ، أو

اختلاط ذلك كله ، أو بعضه من باقى الصور التى ذكرت ، أو لم يعلم بالاختلاط فى أى صورة فرضت ، حتى أخذها من الغاصب ، أو قاتل ، أو علم باختلاط أموال بيده .

وكذا مظنة الاختلاط ، بأن علم أن ما بيد الغاصب من ماله نوعين فصاعدا كتمر وغنم ، أو ماله ومال غيره كذلك ، كتمره وغنم غيره ، أو مال غيره ، كتمر رجل وغنم رجل وكذا أنواع ، جاز فى ذلك كله القتال والقتل ، وهجومه على ذلك الغاصب وغيره على غفلة ، أو نوم أو نحوه أو أشتغال ، فاذا نزع مختلطا فرزه وواصل كلا بيد صاحبه ، أو فقير ان لم يعلم ، وحزر ماله ، ورد للغاصب ماله ، وان لا يفرز هذا المختلط استعمل فيه القسمة ، لأن القسمة تكون فى المال المختلط الذى يعسر فرزه ، كشعير وبر ، أو يستحيل فرزه كزيت بزيت .

الاشتباه فى بلوغ الصبى

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[1] : أن البلوغ يعرف بالاحتلام والاحبال والانزال .

وفى الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل .

فان لم يوجد شىء من ذلك فيعتبر بالسن والاحتلام ، والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشرة سنة عادة .

فاذا لم يحتلم الى هذه المدة علم ان ذلك لآفة فى خلقته ، والآفة فى الخلقة لا توجب آفة فى العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره فى لزوم الأحكام .

وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه أنه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن أربع عشرة سنة ، فرده ، وعرض وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه فقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم خمس عشرة سنة حدا للبلوغ .

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام بالدلائل التى ذكرناها فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ، ويقع اليأس عن وجوده .

وانما يقع اليأس بهذه المدة لأن الاحتلام الى هذه المدة متصور فى الجملة فلا يجوز ازالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال ، على هذا أصول الشرع ، فان حكم الحيض لما كان لازما فى حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس ، ويجب الانتظار لمدة اليأس ، لاحتمال عود الحيض .

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٧ ص ١٧١ ، ص ١٧٢ الطبعة السابقة .

وكـذا التفـريق فى حـق العنين لا يثبت ما دام طمـع الوصـول ثابتـا ، بل يؤجـل سـنة ، لاحتمـال الوصـول فى فصـــول السـنة ، فـاذا مضـت السـنة ، ووقـع اليأس الآن ، يحـكم بالتفـريق •

وكـذا أمر الله سـبحانه وتعـالى باظهار الحجج فى حـق الكفار ، والدعاء الى الاسـلام الى أن يقـع اليـأس عن قبولهم فمـا لم يقـع اليـأس لا يبـاح لنـا القتـال ، فكذلك ههنـا ما دام الاحتـلام يرجى يجب الانتظـار ، ولا يأس بعـد مـدة خمس عشرة سـنة الى هـذه المـدة ، بـل هـو مرجـو فلا يقطـع الحـكم الثابت بالاحتلام عنـه مـع رجـاء وجوده ، بخلاف ما بعـد هـذه المدة ، فانه لا يحتمـل وجـوده بعدها، فلا يجـوز اعتبـاره فى زمـان اليـأس عن وجـوده •

وأمـا الحديث فـلا حجـة فيـه ، لأنه يحتمـل أنه أجاز ذلك لمـا علم النبى صـلى الله عليـه وسلم أنه احتـلم فى ذلك الوقت ، ويحتمـل أيضـا أنه أجـاز ذلك لمـا رآه صـالحا للحـرب ، محتمـلا له على سـبيل الاعتيـاد للجهـاد ، كمـا أمرنا باعتبـار سـائر القـرب فى أول أوقـات الامـكان والاحتمـال لهـا ، فـلا يـكون حجة مع الاحتمـال •

واذا أشـكل أمـر الغـلام المراهق فى البلوغ فقـال : قـد بلغت يقبل قـوله ، ويحكم ببـلوغه ، وكذلك الجـارية المراهقة ، لأن الأصـل فى البـلوغ هو الاحتـلام على ما بينـا ، وأنه لا يعـرف الا من جهتـه ، فالزمت الضرورة قبـول قـوله ، كمـا فى الأخبـار عن الطهـر والحيض •

مذهب المـالكية :

جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى[1] عليـه : أن الصبى يصـدق فى شـأن البلوغ طالبـا أو مطـلوبا ، كمطلق وجـان ادعى عـدمه ، لدرء الحـد بالشـبهات ، وكمدع وجـوده ، ليأخـذ سـهمه فى الجهـاد ، أو ليؤم النـاس أو ليكمـل به عـدد جمـاعة الجمعـة ، ولـو بالانبـات ، أن لـم يرب ولم يشـك فى صـدقه فيمـا أخبر به •

فان ارتيب فيـه لم يصـدق ، لكن فيمـا يتعـلق بالأمـوال ، كأن ادعى البـلوغ ليأخـذ سـهمه ، أو ادعى عليـه أنـه أتلف مالا أؤتمن عليـه وأنـه بالغ فأقـر بذلك ، وخالفه أبـوه فى بلوغه ، فـلا ضـمان عليـه وصـدق فى غـير الأمـوال كالجنـاية والطـلاق فلا يقـع عليـه ان ادعى عـدم البلوغ لدرء الحدود بالشـبهات ، واستصحابا للأصـل ، فـان ادعى وجـوده صـدق فى الطـلاق فقط دون الجنـاية ، لأن الريبـة فى قـوله شـبهة تدرأ الحـد عنـه •

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج ٣ ص ٢٩٣ ، ص ٢٩٤ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

مذهب الشافعية :

جـــاء فى الفتـــاوى الكبرى [١] : أنه اذا شـــهدت بينة بـــأن فلانـــا بالغ بالســـن ، وبينـــة أخـــرى بأنه لـــم يبلـــغ به ، أو بأن عمـــره ثلاث عشرة ســـنة ، فهل تـــكون من شـــهادة النفى مقبـــولة أولا ، وهل يفـــرق بين الصـــورتين ، وان قيـــل هـــذا فمـــا صـــورة شـــهادة النفى المقبـــول وغيره ؟

الذى صرحوا به : أنه لابد فى الشـــهادة بالبلوغ بالســـن من كون الشاهدين خبيرين ، وأنه لابد من ذكرهمـــا لعـــدد الســـنين ، لاختـــلاف العلمـــاء فى ســـن البلـــوغ ، فحينـــئذ اذا تعارضـــت بينتان ، فـــان كانت احداهمـــا خبيرة به دون الأخـــرى ، قدمت الخبيرة على الأخـــرى ، وكـــذا اذا أطلقت احداهمـــا وعينت الأخـــرى ، فتقـــدم المعينـــة على المطلقـــة ، وان كانتا خبـــيرتين وعينتـــا ، كأن قـــالت واحـــدة ســـنه خمس عشرة ســـنة ، وقالت الأخـــرى ســـنه أربع عشرة سنة قدمت الأولى ، لأن معهـــا زياده علم بكونهـــا ناقلة أصـــل بقـــاء الحمـــل فى البطـــن ، والأخـــرى مستصـــحبة لبقـــائه فيهـــا ، والناقلة مقدمـــة على المستصحبة ، كمـــا صرحـــوا به •

نعم ان عينت زمنـــا للـــولادة ، بأن قالت ولـــد وقت كذا ، وقالت الأخـــرى شاهدنا أمـــه فى ذلك الوقت ، وهى غـــير والـــدة تعارضتا وتساقطتا •

وبمـــا تقـــرر علم أن ما ذكـــره السائل نفع الله به من شـــهادة البينـــة بأن فلانـــا بالغ بالســـن غير مقبولة ، وكـــذا شهادة البينـــة الاخـــرى أنه غير بالغ بالســـن ، لمـــا تقـــرر أنـــه لابد من ذكـــر عـــدد الســـنين ، وهذا من صـــورة شـــهادة النفى غير المقبول •

وان بين من لـــم يبلـــغ بالســـن وعمـــره ثلاث عشرة ســـنة فرقـــا اذ الأولى غـــير معينـــة للســـنين ، فـــلا تقبـــل ، وان لـــم يعارضـــها بينة أخـــرى ، والثانية معينـــة لهـــا فتقبل ، مالم تعارضـــها بينة أخـــرى، كمـــا قدمتـــه •

وصـــورة شـــهاده النفى المقبـــول هنـــا مـــا ذكرتـــه من أن تعـــين بينتـــه وقتـــا للولادة ، وتقـــول الأخـــرى شـــاهدنا أمـــه فى ذلك الوقت غير والدة فهـــذا نص محصور فتقبل ، بمعنى أنـــه تكفى البينـــة الأخرى ، لمـــا تقـــرر من تعارضـــهما •

مذهب الحنـــابلة :

جـــاء فى كشـــاف القنـــاع [٢] : أن من شك

(١) الفتاوى الكبرى الفقهية للعالم ابن حجر المـــكى الهيثمى وبهـــامشه فتـــاوى العـــلامة شمس الدين بن العـــلامة شـــهاب الدين أحمد ابن أحمد بن حمزة الرملى ج ٣ ص ٥٥ طبع مطبعة عبد الحميـــد أحمد حنفى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهى الارادات ج ٤ ص ٢٩٢ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٤ ص ٤٥٦ ، ص ٤٥٧ الطبعة السابقة .

فى بلوغــه ان أقــر بالبلوغ ، ثم أنــكره مع الشــك صــدق بلا يمين •

مذهب الظاهرية :

جــاء فى المحــلى (١) : أن الشرائع لا تلزم الا بالاحتــلام أو الانبــات للرجل والمــرأة، أو بانــزال المــاء الذى يكون منــه الولــد وان لم يــكن احتــلام ، أو بتمــام تســعة عشر عامــا ، كل ذلك للرجــل والمـــرأة ، أو بالحيض للمرأة •

وأصــله أن رســول الله صــلى الله عليه وســلم ورد المدينة ، وفيهــا صبيان وشبان وكهــول ، فالــزم الأحــكام من خــرج عن الصــبا الى الرجــولة ، ولــم يلزمهـــا الصبيان ، ولــم يكشــف أحــدا من كل من حــواليه من الرجـــال هل احتلمت يا فــلان وهل أشــعرت — وهل أنــزلت وهل حضت يا فــلانة هــذا أمــر متيقن لا شــك فيه ، فصــح يقينــا ان ههنــا ســنا اذا بلغهــا الرجــل أو المــرأة ، فهمــا ممن ينــزل أو ينبت أو يحيض ، الا أن يكون فيهمــا آفــة تمنــع مــن ذلك كمــا بالأطلس « الاطلس من الذئاب الذى تساقط شــعره ، وهو اخبث ما يكون » آفــة منعته من اللحيــة ، لولاها لكان من أهــل اللحى بلا شــك هــذا أمــر يعــرف بمــا ذكرنــا من التوقف ، وبضرورة الطبيعــة الجارية فى جميــع أهــل الأرض•

ولاشك فى أن كل من أكمــل تســع عشرة ســنة ودخل فى عشرين ســنة ، فقــد فارق الصــبا ، ولحق بالرجــال ، لا يختلف اثنــان من أهــل كل ملة وبلــدة فى ذلك ، وان كانت به آفة منعتــه من انزال المنى فى نـــوم ، أو يقظــة ، ومن انبــات الشـــعر ، ومــن الحيض •

مذهب الزيدية :

جــاء فى التــاج المذهب(٢) : أن مــدعى البلوغ يصــدق ، فاذا ادعى الصــغير سواء كان ذكــرا أم أنثى ، أنــه قــد بلغ قبــل قــوله •

ولا يمين عليه اذا ادعى البلــوغ بالمنى فى اليقظــة أو الاحتــلام فقط ، الا اذا ادعى البلوغ بالانبات ، أو بالسنين ، أو بالحيض فانه لا يقبل قوله ، بل لابد من الشـــهادة •

ويكفى فى الحيض عدلة تشــهد بخــروج الــدم من الرحم فى أول الحيض وآخــره •

وأمــا فى انبــات الرجل فعدلان •

وفى انبــات المرأة عدلة ، فاذا لــم توجد عــدلة فعدلان •

ولا يقبل قــوله فى دعــوى البلوغ بالمنى

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١ ص ٨٨، ص ٨٩ ، ص ٩٠ مسألة رقم١١٩ الطبعة السابقة

(٢) التاج المذهب لأحكام المذهب ج ٢ ص ٣٨ الطبعة السابقة .

فى اليقظة أو الاحتـــلام ، الا اذا قد صـــار محتمـــلا لذلك •

واختلفوا فى المحتمل •

فالمذهب حيث يكون الذكـــر ابن عشر سنين، والأنثى بنت تســـع ســـنين •

ومن نوزع فى مضى هذه المـــدة منـــذ ولد، فعليـــه البينـــة •

ثم يقبل قوله فى البلوغ بالمنى فى اليقظـــة أو الاحتـــلام •

مذهب الامامية :

جـــاء فى شرائع الاســـلام [١] : أنـــه لـــو اشـــتبه الطفل البالغ اعتبر بالانبـــات ، فمن ينبت وجهل ســـنه ألحق بالذرارى ، والذكور البالغـــونْ يتعين عليهم القتـــل ، وان كانت الحـــرب قائمة مالم يسلموا •

ويجب مواراة الشـــهيد دون الحربى وان اشتبها يوارى من كان كميش الذكر •

وحكم الطفل المســـمى حكم أبويـــه ، فان أســـلم أو أســـلم أحدهما تبعـــه الولد •

ولو سبى منفردا قيـــل يتبـــع السابى فى الاســـلام •

(١) شرائع الاســـلام فى الفقة الاســـلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ١ ص ١٥٠ الطبعة السابقة .

مذهب الاباضية :

جـــاء فى شرح النيـــل [٢] : وتتنكـــر الطفلة فى طفوليتهـــا وشبهتها شـــبهة الطفلة بالبلوغ وبعـــده مشـــتبهة بالبلوغ ، وأول بلوغهـــا تعم هـــذه الأحـــوال بالانكار تقوية للفرقـــة عنـــد حـــاكم ، أو أمنـــاء ، أو أمينين ، أو أمين وأمينتين ، أو أمينتين أو امينين بانـــكار الطفولية ان أمن عليهـــا أن يضرها بضرب ، أو ســـحر ، أو اجـــاعة أو يهـــرب بهـــا أو نحـــو ذلك ، وفى نزعهـــا من يـــده بانـــكار الشـــبهة قولان ، لاختلافهم فى حكم المراهق•

ولا يشـــترط فى انـــكار الطفـــل أن يكون فى الشـــبهة والبلوغ معا ، كالطفلة ، لأن أصـــل الفرقـــة انمـــا هو بيد الزوج ، وجـــاز لـــه وطؤها ، وترد لأمينات أربـــع أو اثنتـــين أو لواحـــدة أقـــوال •

وهكذا فيمـــا تباشره النســـاء لا الرجال، مثل أن تبلغ الصـــبية فتتـــكر وتدعى وطئـــا فى الصـــبا فينظـــرن عذرتهـــا ، وجـــاز لهـــن مس فرجهـــا •

وقيل : تقبل دعواها ، ونسب للأكثر •

ولا تصدق حـــال الصـــبا اذا تشـــابهت فينظرنهـــا ينظرن ثديهـــا وأبطيها وأيا قدمن فى النظـــر جـــاز ، ويؤخـــرن نظر عورتها ، لأنه ضرورة فلا يجـــوز الا اذا لـــم يجـــدن علامة البلوغ فى غيرهـــا •

(٢) كتـــاب شرح النيل وشـــفاء العليـــل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٣ ص ٢٣٤ ، ص ٢٣٥ ص ٢٣٦ الطبعة السابقة .

وان أقرت بالاحتلام كفى اقرارها .

وكما ينظرن الطفلة كذلك ينظرن الطفل ان أنكر على حد سواء كل يوم نظرات أو مرات أو أوقاتا ثلاثة عند طلوع الشمس، وعند حصول أول الزوال بحسب ما يظهر وبين ظهر وعصر حين انتصف ما بينهما ، فذلك ثلاث نظرات فى كل يوم .

ثم قال : فان أنكرت فى شبهة وبلوغ أو فيه لا فى طفولية جاز ، لكن اذا أنكرت فى البلوغ فقط كان فيها ريب مخافة أن تكون قد رضيت فى الشبهة ، والبلوغ أو أخرت عن بلوغ الا على قول من أجاز التأخير ، مالم يكن مس أو نحو ذلك ، ولذلك منع أبو زكريا انكار البلوغ وحده اذ قال : وكذلك ان أنكرت فى الطفولية والبلوغ ولم تنكر فى الشبهة لم يجز انكارها ، فان هذا يفيد أن الانكار فى البلوغ وحده لا يجوز ، لعدم انكار الشبهة ، فانه اذا لم يجز انكار الطفولية والبلوغ ، لم يجز انكار البلوغ وحده من باب أولى .

ولا يصح فى غير البلوغ من طفولية وشبهة بأن أنكرت فيهما معا ، أما لو أنكرت فى الطفولية فقط فلا قائل بأنه يصح انكارها عند الله ، فلزوجها المقام ان أنكرت قبل البلوغ لا عنده ، ولا يلزمه أن يعتبر استصحاب انكارها ، لا مكان أن ترضى عند البلوغ مع أنه هو الحالة المعتبرة وتجدد النكاح ان كان الانكار بشبهة أو بلوغ ولو ندمت .

وان دخل[1] الرضى نفس كطفل فى شبهة لم يصح انكاره فى البلوغ مخافة أن يكون فى حال رضاه بالغا ، فلا يصح له الانكار بعد الرضى ، وهذا مبنى على أنه لا يصح انكار بعد البلوغ الا ان سبق انكار فى شبهة .

ويتحصل من هذا أنه ان أنكر فى الشبهة جاز له الرضى فى البلوغ ، والا فانه أن رضى فى الشبهة ، وأنكر فى البلوغ ففيه ريبة ، لعله حين رضى طفل ، وأنكر فى البلوغ فصح انكاره ، فكيف يصح له الاقامة .

وان أنكر فى الشبهة ورضى فى البلوغ فلعله بالغ حين الانكار ، فلا يصح رضاه بعد ، ولكنهم ألغوا ذلك وجعلوا عدم انكار الشبهة أصلا كافيا فى عدم الانكار بعدها .

الاشتباه فى الميراث

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[2] : أنه اذا قال رجل لغلام هذا ابنى ، ثم مات

---

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٣ ص ٢٣٨ ، ص ٢٣٩ الطبعة السابقة .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٣ ص ٢١٧ ، ص ٢١٨ الطبعة السابقة .

فجاءت ام الغلام تقول : أنا امرأته ، فلا شك فى أن الغلام يرثه ، لأنه ثبت نسبه منه باقراره ، أما المرأة ففى ارثها هذا الرجل قولان ؟

ذكر فى النوادر أنها ترثه استحسانا .

والقياس أن لا يكون لها الميراث .

ووجه القياس أنه يحتمل أن تكون أم الغلام حرة ، ويحتمل أن تكون أمة ، ولو كانت حرة ، يحتمل أن تكون هذه المرأة ويحتمل أن تكون غيرها ، ولو كانت هذه المرأة فيحتمل أن يكون وطئها بنكاح صحيح ، ويحتمل أن يكون بنكاح فاسد ، أو بشبهة نكاح ، فيقع الشك فى الأرث فلا ترث بالشك .

ووجه الاستحسان : أن سبب الاستحقاق للارث فى حقها يثبت باقراره بنسب الولد ، وهو النكاح الصحيح ، لأن المسألة مفروضة فى امرأة معروفة بالحرية وبأمومة هذا الولد ، فاذا أقر بنسب الولد أنه منه ، والنسب لا يثبت الا بالفراش ، والأصل فى الفراش هو النكاح الصحيح ، فكان دعوى نسب الولد اقرارا منه أنه من النكاح الصحيح ، فاذا صدقها يثبت النكاح ظاهرا ، فترثه ، لأن العمل بالظاهر واجب ، أما اذا لم تكن معروفة بذلك وأنكرت الورثة كونها حرة أو أماله فلا ميراث لها ، لأن الأمر يبقى محتملا ، فلا ترث بالشك والاحتمال .

وجاء فى السراجية [1] : أنه اذا مات جماعة وبينهم قرابة ، ولا يدرى أيهم مات أولا كما اذا غرقوا فى السفينة معا ، أو وقعوا فى النار دفعة ، أو سقط عليهم جدار ، أو سقف بيت ، أو قتلوا فى المعركة ، ولم يعلم التقدم والتأخر فى موتهم ، جعلوا كأنهم ماتوا معا ، فمال كل واحد منهم لورثته الأحياء ، ولا يرث بعض هؤلاء الأموات من بعض ، هذا هو المختار ، لأن سبب استحقاق كل كل منهما ميراث صاحبه غير معلوم يقينا وما لم يتيقن بالسبب لم يثبت بالاستحقاق، اذ لا يتصور ثبوته بالشك ، وذلك لأن السبب هاهنا بقاؤه حيا بعد موت مورثه ، وانما يعلم ذلك بطريق الظاهر ، واستصحاب الحال ، دون اليقين ، اذ الظاهر بقاء ما كان على ما كان عليه ، وهذا البقاء لانعدام الدليل المزيل ، لا لوجود الدليل المبقى ، فيعتد باستصحاب الحياة فى بقاء ما كان لا فى اثبات ما لم يكن كحياة المفقود ، وتجعل ثابتة فى نفى التوريث عنه لا فى استحقاق الميراث من مورثه ، وأيضا قد ظهر الموتان ولم يعلم السبق ، فيجعل كأنهما وقعا معا كما اذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ، ولم يدر السابق منهما فيجعل كأنهما وقعا معا فيفسد النكاحان ، فكذا ها هنا يجعل الأخوان مثلا ، كأنهما ماتا معا حقيقة ، فلا يرث أحدهما

---

(١) شرح السراجية لخاتمة المحققين السيد الشريف على بن محمد الجرجانى ج ١ ص ٢١٩ طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٦٣ هـ ، سنة ١٩٤٤ م .

من الآخـــر ، كمـــا فى صـــورة اجتمـــــاع الموتين حقيقـــة •

وقـــد روى خـــــارجة بن زيد بن ثابت عن أبيـــه أنه قـــال : أمرنى أبو بكر الصديق بتوريث أهل اليمـــامة فورثت الأحيـــــاء من الأموات ، ولـــم أورث الأموات بعضهم من بعض ، وأمرنى عمر رضى الله تعـــالى عنـــه بتوريث أهـــل طـــاعون عمـــواس ، وكانت القبيلة تموت بأسرهـــا فورثت الأحيـــاء من الأموات ، ولـــم أورث الأموات بعضـــهم من بعض •

وهكذا نقـــل عن على كرم الله وجهـــه فى قتلى الجمـــــل وصفين •

وقـــال على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهمـــا فى احـــدى الروايتين عنهما : يـــرث بعض هـــؤلاء الأمـــوات من بعض الا ممـــا ورث كل واحـــد منهم من مـــال صـــاحبه ، فانه لا يرث منـــه ، والا لـــزم أن يـــرث كل واحـــد من مال نفســـه ، ولا شك فى بطلانه، واليـــه ذهب ابن أبى ليلى •

والوجـــه فى ذلك أن ســـبب اســـتحقاق كل واحـــد منهما ميراث صـــاحبه هو حياته بعـــد موت صاحبه ، وقـــد عـــرف حيـــاته بيقـــين ، فيجب أن يتمســـــك به ، وســـبب الحرمان موتـــه قبل موتـــه ، وهـــو مشكوك فيـــه ، فـــلا يثبت الحرمـــان بالشـــك الا فيمـــا ورثه كل منهمـــا من صـــاحبه ، لأجل الضرورة ، وهـــى أن تـــوريث أحدهمـــا من صـــاحبه يتوقف على الحـــكم بموت صاحبه قبله ، فـــلا يتصور أن يـــرث صـــاحبه منه ، لكن ما ثبت بالضرورة لا يتعدى عن محلهـــا •

وفيما عـــدا ذلك من المـــال يتمســـك فيه بالأصـــل ، فان اليقـــين لا يزول بالشـــك •

فاذا غـــرق أخوان أكبـــر وأصـــغر وخلف كل منهمـــا أمـــا وبنتا ومولى ، وتـــرك كل منهمـــا تســـعين درهمـــا •

فعندنـــا يقســـم تركة كل واحـــد منهمـــا فيعطى ، لأم كل منهمـــا سدس تركته ، وهو خمســـة عشر ، ولبنت كل منهمـــا النصـــف وهو خمســـة وأربعون ، ولمولاه ما بقى وهو ثـــلاثون •

وعنـــــد على وابـــن مســـعود رضى الله تعـــالى عنهمـــا فى احـــدى الروايتين عنهما يحـــكم بموت الأكبر أولا ، فتقسم تركتـــه فللأم الســـدس وللبنت النصف ، وللأصـــغر ما بقى ، ثم يحكم بموت الأصـــغر فيقســـم تركته كذلك ، فقد بقى من تـــركة كل منهمـــا ثلاثون وهـــو ما ورث كل منهما من صـــاحبه ، فللأم من ذلك البـــاقى الســـدس ، ولابنـــة كل منهمـــا نصـــفه والباقى للمولى •

وجـــاء فى بدائع الصـــنائع[1] : ان حـــال المفقـــود غير معلـــوم ، يحتمل أنـــه حى ، ويحتمـــل أنه ميت ، وهـــذا يمنـــع التوارث والبينونة ، لأنـــه ان كان حيـــا يرث أقاربه ولا يرثونـــه ، ولا تبين امـــرأته ، وان كان

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ج ٦ ص ١٩٦ ، ص ١٩٧ الطبعة السابقة .

ميتا ، لا يرث أقاربه ويرثونه ، والأرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين ، فوقع الشك فى ثبوته،فلا يثبت بالشك والاحتمال، وكذلك البينونة على الأصل المعهود فى الثابت بيقين لا يزول بالشك ، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك .

فاذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه الى أن يظهر حاله أنه حى أم ميت ، لاحتمال الحياة والموت للحال .

حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا وابنتين ، وابن ابن ، وطلبت الابنتان الميراث، فان القاضى يقضى لهما بالنصف ، ويوقف النصف الثانى الى أن يظهر حاله لأنه ان كان حيا ، كان له النصف والنصف للابنتين ، ولا شىء لابن الابن ، وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان،والباقى لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين ، فيدفع ذلك اليهما ، ويوقف النصف الآخر الى أن يظهر حاله ، فان لم يظهر حتى مضت المدة التى يعرف فيها موته ، يدفع الثلثان اليهما ، والباقى لابن الابن .

وكذا لو أوصى له بشىء يوقف .

وكذا اذا فقد المرتد ، ولا يدرى أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم ، فاذا مضى من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة ، يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره ، وتبين امرأته ، ويصير ماله ميراثا لورثته الأحياء وقت الحكم ، ولا شىء لمن مات قبل ذلك ، واختلف فى تقدير المدة التى يحكم بعدها بموته .

فروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته .

وروى عن محمد أنه قدرها بمائة سنة .

وفى الموضوع تفصيلات كثيرة نكتفى منها بما ذكرنا ونحيل بقية الموضوع الى موطنه لينظر فيه .

مذهب المالكية :

جاء فى الحطاب [1] : أنه لا يرث من جهل تأخر موته عن مورثه ، بأن ماتا تحت هدم مثلا أو بطاعون ونحوه بمكان ولم نعلم المتأخر منهما ، فيقدر أن كل واحد لم يخلف صاحبه ، وانما خلف الأحياء من ورثته .

فلو مات رجل وزوجته وثلاثة بنين له منها تحت هدم ، وجهل موت السابق منهم ، وترك الأب زوجة أخرى ، وتركت الزوجة ابنا لها من غيره ، فللزوجة الربع ، وما بقى للعاصب ، ومال الزوجة لابنها الحى ، وسدس مال البنين لأخيهم

---

(١) مواهب الجليل على مختصر خليل المعروف بالحطاب وبهامشه التاج والإكليل للمواق ج ٦ ص ٤٢٣ الطبعة السابقة وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٨٧ الطبعة السابقة

لأمهم ، وباقيه للعاصب ، وسقط بمن يسقط به الأخ للأم •

ويوقف القسم للتركة بين الورثة ، وفيهم حمل من زوجة ولو أخا لأم أو أمة الى وضع الحمل للشك ، هل يوجد من الحمل وارث أولا ، وعلى وجوده هل هو متحد أو متعدد ، وعليهما هل هو ذكر أو أنثى ، ولم يعجل القسم للوارث المحقق هنا ويؤخر المشكوك فيه للوضع •

وجاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير [1] : أن لزوجة المفقود أن ترفع الى القاضى والولى وجابى الزكاة ان وجد واحد منهم فى بلدها غير جائر بأخذ مال منها ، ليكشفوا عن حال زوجها ، وان لم يوجد واحد منهم فلجماعة المسلمين ، فيؤجل الحر أربع سنين ان دامت نفقتها من ماله ، والا طلق عليه لعدم النفقة ، ويؤجل العبد نصفها سنتان من حين العجز عن خبره بالبحث عنه فى الأماكن التى يظن ذهابه اليها من البلدان ، بأن يرسل الحاكم رسولا بكتاب لحاكم تلك الأماكن مشتمل على صفة الرجل وحرفته ونسبه ليفتش عنه فيها ثم بعد الأجل الكائن بعد كشف الحاكم عن أمره ولم يعلم خبره اعتدت عدة كعدة الوفاة والحره بأربعة أشهر وعشر والأمة بشهرين وخمس ليال ، ولو غير مدخول بها ، لأنه يقدر موته فلا نفقة لها فيها •

فان جاء المفقود ، أو لم يجىء ، وتبين أنه حى ، أو تبين أنه مات ، فحكمها فى هذه الوجوه ، كحكم ذات الوليين ، يزوجها كل واحد منهما من رجل ، فتفوت على الأول بتلذذ الثانى بها غير عالم ، ان لم تكن فى عدة وفاة من الأول ، فتكون للمفقود فيما اذا جاء أو تبين حياته ، أو موته فى العدة أو بعدها ، وقبل عقد الثانى أو بعده ، وقبل تلذذه بها أو بعده عالما بما ذكر ، وتفوت عليه ، وتكون للثانى ان تلذذ بها غير عالم •

وورثت الزوجة زوجها المفقود ان قضى له بها ، وذلك فى أحوال أربعة •

أن يموت فى العدة أو بعدها ، ولم يعقد الثانى ، أو عقد ولم يدخل ، أو دخل عالما ، ولو تبين الثانى أنه تزوجها فى عدة الأول ، فكغيره ممن تزوج فى العدة، فيفسخ نكاحه ، ويتأبد تحريمها عليه ان تلذذ فيها ، أو وطىء ولو بعدها •

وأما ان نعى [2] لها زوجها ، بأن أخبرت بموته فاعتمدت على ذلك ، واعتدت ، وتزوجت ، ثم قدم فلا تفوت عليه بدخول الثانى ، ولو ولدت منه أو حكم بموت المفقود حاكم •

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٤٧٩ ، ص ٤٨٠ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق للدسوقى ج ٢ ص ٤٨١ الطبعة السابقة .

وجـــاء فى الحطـــاب [(١)] : قـــال ابن حبيب من تزوج امـــرأة لهـــا زوج غـــائب لا يدرى أهـــو حـــى ، أم ميت ، ثم تبين أنـــه مـــات لمثـــل ما تنقضى فيـــه عدتهـــا قبـــل نكاحـــه أن نـــكاحـــه ماض ، وورثت الأول ان قضى لـــه بهـــا ، فان ثبت أنـــه مـــات وهى فى العـــدة فترثـــه اتفاقا ، وكذا بعـــد خروجها، وقبـــل عقـــد الثـــانى على المعروف ، وبعد عقـــده قبـــل دخوله على المرجـــوع اليـــه •

قال اللخمى فان جهلت التواريخ وقد دخل الثـــانى لـــم يفســـخ نـــكاحـــه ولـــم يرث الأول ، لأنه لـــم يفـــرق بينهـــا وبين الثـــانى بالشـــك ، ولا تـــرث أيضـــا بالشك •

وبالنسبة [(٢)] لمـــا له روى عن المدونة أنه لا يقسم ورثـــة المفقـــود ماله ، حتى يـــأتى عليه من الزمن مالا يحيـــا الى مثله ، فيقسم بين ورثتـــه حينئـــذ لا يوم فقده •

وان مـــات له ولـــد وقف ميراثه منـــه ان أتى أخـــذه وان موت بالتعمير وذلك الى ورثة الابن يوم مات ، ولا ارث للأب بالشك •

قال ابن الحـــاجب : ووقف المشكوك فيه ، فان مضـــت مدة التعمير ، ولـــم يســـتبن ، فكالمولى •

قال ابن شاس فـــان ماتت زوجة وتركت زوجهـــا وأمهـــا وأختا وأبـــا مفقـــودا ، والفريضـــــة على احتمـــال أن المفقود حى من ســـتة للـــزوج ثلاث ، وللأم ثلث ما بقى ســـهم ، وللأب سهمان ، والفريضة على احتمال أن المفقـــود ميت من ستة أيضـــا ، للزوج النصـــف ثلاثـــة ، وللأخت ثلاثة ، ويعـــال للأم بالثلث فتضرب بثمـــانية ، والفريضـــتان تتفقـــان بالنصـــف فتضرب أحداهمـــا فى كامل الأخـــرى بأربعـــة وعشرين ، ثم تقول للـــزوج : لك يقينـــا بلا شـــك ، ثم ذكـــر تمـــام العمـــل بعبـــارة طويلة •

وقـــال ابن عرفـــة فى المســـألة المذكورة : وجـــه العمل فيهـــا أن تـــرد فريضـــة لغـــو المفقـــود ، وفريضة حضوره لعـــدد واحـــد ان تداخـــلا ، فان تداخلت اعتبرت أكبرهـــا، ثم تقســـم ما ردت اليـــه ، أو كبارهمـــا على الفريضـــتين ، ويعطى الوارثون على تقـــدير لغـــوه وحضوره أقل ما يجب ، لكل واحـــــد منهم فى القســـم على الفريضـــــتين ، مـــن سقط فى احداهمـــا لم يعط شـــــيئا ، ووقف مما فضـــل عما ذكر اعطـــاؤه ، فان تحققت حيـــاة المفقـــود بعـــد موت الموروث عنـــه أمضى قســـم فريضـــة حضوره ، وان تحقق موته قبـــل موت الموروث عنه ، أو مـــوت بالتعمير أمضى قســـم لغـــوه ، ودفع الموقوف لمســـتحقه فى الفريضـــة المضـــاة •

قال ابن شاس فتقول للزوج لك بلا شك يقينـــا ثلاثة من ثمـــانية مضروب فى ثلاثـــة نصـــف الفريضـــة الأخـــرى ، وانمـــا يكون

---

(١) مواهب الجليـــل لشرح مختصر خليـــل المعروف بالحطاب وبهامشه التاج والاكليل للمواق ج ٤ ص ١٥٨ الطبعة السابقة .

(٢) التـــاج والاكليل للمواق على هـــامش مواهب الجليل المعروف بالحطاب فى كتاب ج ٦ ص ٤٢٣ ، ص ٤٢٤ الطبعة السابقة .

لك ثلاثة من ستة بصحة حياة الأب ولا يعلم ذلك ، ويقـال للأخت لا ميراث لك من أختك الا بصحة موت أبيك قبل موت أختك، ولا نعلم ذلك ، فليس لك ميراث بالشك ، ويقال للأم لك من ابنتك السدس يقينا ، سهم من ستة ، مضروب فى أربعة نصف فريضة ثمانية ، وانما يكون لك الثلث بالعول بصحة موت زوجك قبل ابنتك ، ولا يعلم ذلك ، فليس لك بالشك شىء ، ويبقى من الفريضة أحد عشر سهما موقوفة ، ليس تعلم لمن هى يقينا .

فان صح أن الأب كان حيا يوم موت ابنته ، ، قيل للزوج لك يقينا ثلاثة من ستة مضروبة فى أربعة باثنى عشر فى يديك سبعة الباقى لك ثلاثة ، فتدفع اليه من الموقوف ، ويقال للأم لك سهم من ستة مضروب فى أربعة فى يدك جميع حقك ، وللأب سهمان من ستة فى أربعة بثمانية ، فتدفع اليه الثمانية التى بقيت من الموقوف .

وان ثبت ان الأب مات قبل ابنته ، أو لم يعلم موت فموت بالتعمير ، فالحكم فى ذلك سواء ، فيقال للزوج لك يقينا ثلاثة من ثمانية فى ثلاثة بتسعة ، ففى يدك جميع حقك ، ويقال للأخت لك ثلاثة من ثمانية فى ثلاثة بتسعة فتدفع لها التسعة الباقية ، ويقال للأم لك اثنان من ثمانيةفى ثلاثة بستة فى يدك أربعة فتدفع اليها السهمان من أحد عشرة الموقوفة .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية [1] المحتاج : أنه لو مات متوارثان بغرق ، أو هدم ، أو غيرهما ، كحريق ، أو فى غربة معا ، أو جهل أسبقهما ، ومنه أن يعلم سبق ، ولا يعلم عين السابق ، أى ، ولا يرجى بيانه ، والا وقف كما نعلم مما يأتى ، لم يتوارثا ، لاجماع الصحابه عليه .

فانهم لم يجعلوا التوارث بين من قتل فى يوم الجمل وصفين ، الا فيمن علموا تأخر موته .

ولو علم السابق ثم نسى ، وقف للبيان أو الصلح ونفيه التوارث باعتبار الحكم ، والا غلب ، فلا يرد عليه ايهام امتناعه فى نفس الأمر ، ولأن أحدهما قد يرث من الآخر دون عكسه ، كالعمة وابن أخيها .

وكثير من تلك الموانع فيه تجوز لعدم صدق حد المانع عليه وهو الوصف الوجودى الظاهر المنضبط المعرف نقيض الحكم .

فانتفاء الأرث اما لانتفاء الشرط أو السبب .

وتركة كل من الميتين بنحو هدم لباقى

(١) نهاية المحتاج الى معرفة شرح المنهاج لابن شهاب الدين الرملى وحاشية الشبراملسى عليه ج ٦ ص ٢٨ ، ص ٢٩ الطبعة السابقة .

ورثتــه لأن الله تعــالى ورث الأحيــاء من الأموات وهنـا لا نعـلم حيـاته عنـد موت صـاحبه ، فـلم يرث كالجنـين اذا خـرج ميتـا ، ولأنا ان ورثنـا أحـدهما فقط فهـو تحـكم ، ولـو ورثنا كلا من صـاحبه تيقنا الخطـأ ، وحينئذ فيقـدر فى حق كل أنه لـم يخلف الآخـر •

ومن أسر ، أو فقـد وانقطـع خبـره ، ترك مـاله حتى تقـوم بينـة بموته ، أو تمضى مـدة التعمير من ولادته يغـلب على الظـن ، أو مـا نزل منزلتـه أنه لا يعيش فوقهـا ، ولا تتقـدر بشىء على الصحيح ، فيجتهـد القـاضى ، ويحـكم بمـوته لأن الأصـل بقـاء الحيـاة فـلا يورث الا بيقـين ، ومنـه الحـكم ، لأنه ان اسـتند الى المـدة فواضـح ، أو الى العـلم ، وان لـم تمض مـدة فهـو منزل منزلة البينـة المنزلة منـزلة اليقـين •

ثم بعـد الحـكم بموته ، يعطى ماله مـن يرث وقت الحـكم بموته ، بأن يسـتمر حيـا الى فـراغ الحـكم ، فمن مات قبـله أو معـه ، لـم يـرثه ، ومحـل ذلك عنـد الاطـلاق •

فان قيـدته البينـة ، أو قيـده هـو فى حـكم بزمن سـابق ، اعتبـر ذلك الزمن ، ومن كان وراثه حينئذ •

ولا تتضـمن قسـمة الحـاكم الحـكم بمـوته الا أن وقعت بعـد تنـازع ورفـع اليـه ، لأن الأصـح أن تصرف الحـاكم ليس بحـكم ، الا فى قضـية رفعت اليـه ، وطلب منـه فصـلها •

وعـلم مما قررناه عـدم الاكتفـاء بمضى المـدة وحدها ، بل لابد معـه من الحكـم •

ولا ينافى ذلك قولهم : لـو انقطـع خبر العبـد بعـد هـذه المـدة لا تجب فطرته ، ولا يجزىء عن الكفـارة اتفاقا ، ولم يذكروا الحـكم ، لأن ما هنـا أمر كلى يترتب عليـه مصالح ومفاسد عامة ، فاحتيط له أكثر •

ولـو مـات من يرثه المفقـود كـلا أو بعضـا قبـل الحـكم بموته ، وقفنـا مـا خصـه من جميع المـال ان انفردوا وبعضـه ان كان ثم غـيره حتى يتبين أنـه كان عنـد المـوت حيـا أو ميتـا •

ولو مات عن أخـوين ، أحدهما مفقـود ، وجب وقف نصـفه الى الحـكم بموته •

ثـم اذا لـم تظهـر حيـاته فى مـدة الوقف يعـود كـل مـال الميت الأول الى الحاضر ، وليس لورثة المفقـود منـه شىء ، اذا لا ارث بالشـك ، لاحتمـال موته قبـل مورثه ذكره الغـزالى وغـيره وهـو ظاهـر وعملنـا فى الحاضرين بالأسوأ ، فمن يسـقطه المفقـود لا يعطى شـيئا ، ومـن تنقصـه حيـاته أو موته يعطى اليقين •

ففى زوج مفقـود وشـقيقتين وعـم ، يعطيـان أربعـة مـن سـبعة ، ويوقف البـاقى •

وفى أخ لأب مفقـود وشـقيق وجـد حاضرين ، يقـدر حيـا فى حـق الجـد ، وميتـا فى حق الأخ ، ويوقف السدس .

ومن لا يختلف حقـه بحيـاته وموته كزوج وابن مفقـود وبنت ، يعطى الزوج الربـع ، لأنه له بكل حـال .

ولـو تلف الموقوف للغـائب كان على الكل فاذا حضر اسـترد ما دفـع لهم ، وقسـم بحسب ارث الكل ، كمـا صرحـوا به فيمـا اذا بانت حيـاة الحمل وذكورة الخنثى .

ولـو خلف (١) حمـلا يرث مطلقا لـو كان منفصـلا وان لم يكن منـه ، كان مـات من لا ولد له عـن زوجـة ابن حـامل أو قـد يرث بتقـدير الذكوره ، كحمل حليلة الجـد ، أو الأخ ، أو الأنـوثة ، كمـن ماتت عـن زوج وشـقيقة ، وحمـل ، لأبيهـا ، فان كان ذكـرا أو لـم يأخـذ شـيئا ، لأنه عصـبة ، ولـم يفضـل لـه شىء أو أنثى ورث السـدس وأعيلت ، عمـل بالأحـوط فى حصـة الحمـل وحق غيره ، كمـا يأتى .

فان انفصـل كله حيـا حيـاة مسـتقرة يقينا ، وتعرف بنحـو قبض يد وبسـطها ، لا بمجرد نحـو اختـلاج ، لأنه قـد يقـع مثله لانضغاط ، ومن ثم ألغـوا كل ما لا يعلم به الحيـاة ، لاحتمـال أنه لعـارض آخر ، لوقت يعـلم وجـوده عنـد الموت ، بان ينفصـل لأربع سـنين مـا عـدا لحظتى الوضـع والوطء فأقـل ، ولـم تكن فراشـا لأحـد ، ودون سـتة أشـهر ، وان كانت فراشـا ، أو اعترف الورثة بوجـوده الممكن عنـد الموت ، ورث لثبوت نسـبه .

وخـرج بكلمة موته قبـل تمـام انفصاله فانه كالميت هنـا ، وفى سـائر الأحـكام ، الا فى الصـلاة عليـه اذا اسـتهل ، ثـم مـات قبـل تمـام انفصـاله وفيمـا اذا حـز انسـان رقبتـه قبـل انفصـاله ، فانه يقتـل به وبحيـاة مسـتقرة ما لـو انفصـل وحيـاته ليست كذلك .

والا بـأن انفصـل ميتـا بنفسـه ، أو بجنـاية جان ، أو مشـكوكا فى حيـاته أو اسـتقرارها ، ولـم يعـلم عنـد المـوت وجـوده ، فـلا يرث لأن الأول والثـانى كالعـدم ، والثالث منتف نسـبه عن الأول .

والخنثى المشـكل (٢) ــ وهـو من له آلتـا الرجل والمرأة ــ ما دام مشـكلا يسـتحيل كونه أبـا ، أو جـدا ، أو أمـا ، أو زوجا ، أو زوجـة ، فان لـم يختلف ارثه بالذكـورة وضـدها ، كولد أم ، ومعتـق ، فقـدر ارثه ظاهـر .

وان اختلف ارثه بهمـا فيعمـل باليقين فى حقـه وحق غـيره .

ويوقف المشكوك فيـه حتى يتبين حـاله

---

(١) نهـاية المحتـاج الى شرح المنهـاج لابن شهاب الدين الرملى ج ٦ ص ٢٩ ، ص ٣٠ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق لابن شهاب الدين الرملى ج ٦ ص ٣٦ الطبعة السابقة .

ولـو بقـوله وان اتهم ، فان ورث بتقـدير لـم يدفـع لـه شىء ، ووقف مـا يرثه على ذلك التقـدير ، وان ورث عليهمـا لكن اختلف ارثه ، اعطى الأقل ، ووقف البـاقى .

مذهب الحنـابلة :

جـاء فى المغنى [١] : أنه اذا مـات متوارثان بغـرق ، أو هـدم ، أو غير ذلك ، وجهـل أولهمـا موتا ، أو عـلم ، ثم نسى أو جهـلوا عينـه ، ولم يختـلفوا فى السـابق ، ورث كل واحـد مـن الموتى صـاحبه مـن تلاد ماله ، دون مـا ورثه مـن الميت ، فيقـدر أحـدهما مات أولا ، فيورث الآخـر منـه ثم يقسـم ما ورثه منـه على الأحيـاء من ورثتـه ، ثم يصـنع بالثـانى كذلك .

فاذا غرق أخوان ، أحـدهما مولى زيـد ، والآخـر مولى عمـرو صـار مال كل واحد منهمـا لمولى الآخـر .

وان جهـل السـابق منهمـا ، واختلف ورثتهمـا فيـه ، ولا بينـة ، أو كانت وتعارضـت ، تحـالفا ، ولم يتوارثا .

كمـا اذا مـاتت امـرأة وابنهـا فقـال زوجهـا : ماتت فورثنـاهـا ، ثم مـات ابنى فورثته وقـال أخوها : مات ابنهـا فورثته ثم ماتت فورثناها ، حلف كل واحـد منهمـا على ابطـال دعـوى صـاحبه ، وكان ميراث الابن لأبيـه ، ومـيراث المـرأة لأخيهـا وزوجهـا نصـفين .

ولـو عين الورثة موت أحـدهما ، وشكوا هـل مات الآخـر قبـله أو بعـده ؟ ورث من شـك فى موته من الآخـر .

ولو تحقق موتهمـا معـا يتوارثان .

ولـو مـات أخـوان عنـد الزوال ، أو الطـلوع ، أو الغـروب فى يـوم واحـد ، أحـدهما بالمشرق ، والآخـر بالمغـرب ورث الذى مات بالمغرب من الذى مات بالمشرق لموته قبـله ، لأن الشمس وغيرها تزول وتطلـع وتغـرب فى المشرق قبـل المغـرب .

وجـاء فى كشـاف [٢] القنـاع : أن من انقطـع خبره ولـو عمـدا لغيبـة ظاهرها السـلامة كأسر وتجـارة وسـياحة وطلب عـلم انتظـر به تتمـة تسـعين سـنة منذ ولد : فان فقـد ابن تسـعين اجتهـد الحاكم وان كان غالبهـا الهلاك ، كمن غرق مركبه فسلم قـوم دون قـوم أو فقد من بين أهله ، كمن يخرج الى الصـلاة ، أو الى حـاجة قريبـة فـلا يعود ، أو فى مفازة مهلكة كمفازة الحجاز أو بـين الصـفين حـال التحـام القتـال انتـظر به تمـام أربع سـنين منـذ فقـده

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى ج ٧ ص ١٨٦ ص ١٨٧ الطبعة السابقة والاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل ج ٣ ص ١١٤ الطبعة السابقة .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع وبهامشه منتهـى الارادات وما بعـدها ج ٢ ص ٥٩٠ وما بعدها الطبعة السابقة والاقناع فى فقـه الامام أحمد بن حنبـل ج ٣ ص ١٠٩ ص ١١٠ الطبعة السابقة والمغنى لابن قدامه المقدسى ج ٧ ص ٢٠٥ وما بعدها الطبعة السابقة .

فان لـم يعـلم خبره قسـم ماله ، واعتدت امرأته عـدة الوفاة ، وحلت للأزواج ، ويزكى ماله لمـا مضى قبـل قسـمه ، ولا يرثه الا الأحيـاء من ورثته وقت قسـم ماله لا من مات قبـل ذلك •

فان قـدم بعـد قسـمه أخـذ ما وجده بعينـه ، ورجع على من أخـذ البـاقى •

وان مـات مورثه فى مـدة التربص أخـذ كل وارث اليقين ووقف البـاقى •

وطريق العمـل فى ذلك أن تعمـل المسـألة على أنه حى ، ثم على أنه ميت ، ثم تضرب احداهما فى الأخرى ان تباينتا أو فى وفقها ان اتفقتـا وتجـزىء باحداهمـا ان تماثلتـا ، وبأكثرهما ان تداخلتـا ، وتدفـع الى كـل وارث اليقـين وهـو أقـل النصـيبين ، ومن سـقط فى احداهمـا لم يأخذ شيئا ، فان بان حيا يوم موت موروثه فله حقـه ، والباقى لمسـتحقه ، وان بان ميتـا أو مضت مـدة تربصـه ولـم يبن حـاله ، فالموقوف لورثة الميت الأول ، ولبـاقى الورثة أن يصـطلحوا على مـا زاد عن نصـيبه فيقتسـمه كأخ مفقـود فى الأكدرية مسـألة الحيـاة والموت من أربعـة وخمسين ، للزوج ثلث المـال ، وللأم سدس ، وللجـد تسـعة من مسـألة الحيـاة وللأخت منهـا ثلاثة ويبقى خمسـة عشر موقـوفة للمفقـود بتقـدير حيـاته سـتة ، ويبقى تسـعة زادت عن نصـيبه •

ولهـم ان يصـطلحوا على كـل الموقوف اذا لـم يـكن للمفقـود فيـه حـق ، بأن يـكون ممن يحجب غـيره أو لا يرث ، كمـا لـو خلف الميت أما وجـدا وأختـا لأبوين وأختـا لأب مفقـودة ، وكذا ان كان أخـا لأب عصب أختـه مع زوج وأخت لأبوين •

وان حصـل الأسـير من ريع وقف عليـه حفظه وكيـله ومن ينتقـل الوقف اليـه ولا ينفرد أحـدهما بحفظـه •

ومن أشـكل نسـبه فكمفقود ومفقودان فأكثر كخناثى فى التنزيل •

ولو قـال رجـل : أحـد هذين ابنى ثبت نسـب أحدهما ، فيعينـه ، فان مات عينـه وارث ، فان تعذر أرى القـافة ، فان تعـذر عين أحدهمـا بالقـرعة ، ولا مدخل للقـرعة فى النسـب •

مذهب الزيدية :

جـاء فى البحـر [1] الزخـار : أنه اذا غـرق قـوم أو انهـدم عليهم بنيـان ولـم يعـلم ترتيب موتهم ورث الأموات بعضـهم من بعض مـا كان لهـم فى الأصـل فقط ثم يورث الأحيـاء من الأموات ما كان لهم فى الأصـل ، وما ورثوه منهم قال الهـادى : يجب أن يمـات الواحـد منهم أيهـم كان ، ويحيى البـاقون ، حتى يرثوه ، ثـم تحيى الـذى أمتـه وتميت من البـاقين آخر حتى

(١) من كتاب البحر الزخار الجامع لمـذاهب علماء الأمصار لابن يحيى المـرتضى ج ٥ ص ٣٦٢ ، ص ٣٦٣ الطبعة السابقة .

يرثوه تعمــل ذلك فى كل واحــد منهم واحــدا بعــد واحــد ، ولا يمــات اثنــان منهم فى حالة ، فاذا فــرغ أميتــوا جميعــا ، فيرثهم الأحيــاء ، ولم يرث بعضــهم من بعض فى الأماتة الثــانية ، ولا يمــوت واحــد منهم ثلاث دفعــات بــل مرتين مــرة لتــوريث بعضــهم مــن بعض مــع الأحيــاء ومــرة ليرثهم الأحيــاء منفردين .

قــال زيد عن الحســن لا يورث بعضــهم مــن بعض ، بــل يحــكم بموتهم دفعـــة واحــدة فيرث كلا ورثته الأحيــاء .

والدليــل على ذلك قصــة خالد مع خثعم ، فان رسول الله صلى الله عليــه وآله وسلم حــول فى ديتهم ، فكان أصــلا فى التحــويل للاحتيــاط مــع اللبس فى هــذه المســألة ونحوها .

وكمــا لو مــات أحــد الأخــوين فى أول الشــهر ، والثــانى فى آخــره وعــرفنا ذلك قطعــا ، ثم التبس المتقــدم منهمــا ، فيجب توريث كل منمــا من صــاحبه ، والا أبطلنــا حقــا ثابتا ، لأيهمــا .

وقــد روى عــن النبى صــلى الله عليــه وسلم من أبطــل ميراثا فرضــه الله تعالى أبطــل الله ميراثه من الجنــة .

وقــد روى النــاصر عليــه الســلام أن رجــلا وابنــه وأخوين قتلوا يوم صــفين ، ولم يعــلم المتقــدم ، فورث على كــرم الله وجهــه بعضهم من بعض .

فلو غــرق أخوان ولم يعــرف الســابق ، وخلف كل واحــد منهمــا ابنتين ، فمــن أمتــه أولا قدرته ترك ابنتين وأخــا للابنتين الثلثــان والبــاقى للأخ ، ثم أمت الثــانى ورثت تركته كذلك ، ثــم أمتهمــا جميعــا ، وورثت ورثة كل واحــد منهما مــا فى يــده من ماله فى نفســه وميراثه من أخيــه .

والمفقــود (١) لا تقســم تركته حتى يمضى عمــره الطبيعى ، فان عــاد رد كل ما أخــذ اتفــاقا ، اذ لــم يزل ملكه فــان مات مــن يرثه المفقــود ، عــزل نصــيبه حتى ينكشــف أمــره ، أو يمضى عمــره الطبيعى ، فــان التبس تــرتيب موتهمــا ، فكمـــا مــر فى الغــرقى .

مذهب الاماميــة :

جــاء فى الروضــة (٢) البهية : أن المتوارثين لو ماتا دفعــة واحــدة ، أو اشــتبه المتقدم منهما بالمتأخر ، أو اشتبه الســبق والاقتران ، فــلا ارث ، ســواء كان الموت حتف الأنف ، أم بســبب ، الا أن يكون الســبب الغــرق والهــدم على الأشــهر ، وفيهمــا يتــوارث الغــرقى والمهــدوم عليهم ، اذا كان بينهم نســب ، أو ســبب يوجبــان التــوارث ،

(١) من كتاب البحــر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لمحمد بن يحيى المرتضي ج ٥ ص ٣٦٤ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٦٣ هـ سنة ١٩٤٨ م طبع الخانجى بمصر .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ٢ ص ٣٣٦ ص ٣٣٧ ، ص ٣٣٨ الطبعة السابقة .

وكان بينهــم مــال ، ليتحقق بــه الارث ، ولــو من أحــد الطرفين ، واشــتبه المتقــدم منهم والمتأخــر .

فلو عــلم اقتران الموت فــلا ارث .

أو عــلم المتقـــدم مــن المتــأخر ورث المتــأخر دون العكس .

وكان بينهــم توارث ، بحيث يــكون كل واحــد منهــم يرث مــن الآخــــر ، ولــو بمشــاركة غــيره .

فلــو انتفى كمــا لــو غــرق أخــوان ، ولكل واحــد منهما ولد أو لاحــدهما فــلا توارث بينهمــا .

ثم ان كان لأحــدهما مال دون الآخــر ، صــار المــال لمن لا مــال لــه ، ومنــه الى وارثه الحى ، ولا شىء لورثه ذى المــال ، ولا يرث الثــانى المفروض موته ثانيــا ممــا ورث منــــه الأول ، للنص ، واســـتلزامه التسلسل ، والمحــال عــادة ، وهــو فرض الحيــاة بعــد المــوت ، لأن التوريث منــه يقتضى فــرض موته ، فلــو ورث ما انتقل عنــه ، لكان حيــا بعــد انتقال المال عنــه ، وهــو ممتنع عـــادة وأورد مثــله فى ارث الأول من الثــانى ورد بأنا نقطع النظــر عما فــرض أولا ، ويجعــل الأول كأنه المتأخــر حيــاة ، بخــلاف ما اذا ورثنــا الأول مــن الثــانى مما كان قــد ورثه الثــانى منــه ، فانه يلزم فــرض موت الأول وحيــاته فى حالة واحــدة ، وفيــه تكلف .

والمعتمــد النص ، فقــد روى عبد الرحمن ابن الحجــاج فى الصــحيح عن الصــادق فى أخــوين ماتا ، لأحدهمــا مائــة ألف درهم ، والآخــر ليس له شىء ركبــا فى الســفينة، فغرقا فلم يدر أيهمــا مــات أولا ، قــال : المــال لورثة الذى ليس له شىء .

وعن على عليه الســلام فى قوم غرقــوا جميعــا أهل بيت مــال قال : يرث هــؤلاء من هؤلاء وهؤلاء من هؤلاء . ولا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء .

وهــذا حجــة علــى المفيــد وســلار ، حيث ذهبــا الى توريث كل ممــا ورث منه .

وأجيب بمنع وجوب تقديمــه ، بل هــو على الاستحباب .

ولو ســلم فانما يقدم الأضعف تعبدا ، لا لعلة معقــولة ، فــان أكثــر علل الشـــرع والمصــالح المعتبــرة فى نظــر الشــارع خفيــة عنــا تعجــز عقولنـــا عن ادراكها، والواجب اتبــاع النص من غــير نظــر الى العلة ، ولتخلفه مع تســاويهما فى الاستحقاق، كأخين لأب فينتفى اعتبار التقديم ، ويصــير مال كل منهما لورثــة الآخــر ، وعلى اعتبار تقديم الأضعف وجوبــا ، كمــا يظهــر مــن العبارة ، وظــاهر الأخبـــار تدل عليه .

ومنهـــا صحيحة محمــد بن مســلم عن أحدهمــا ، أو اســتحبابا على ما أختــاره فى الدروس .

ولو غرق الأب وولده قدم موت الابن فيرث الأب نصيبيه منه ، ثم يفرض موت الأب فيرث الابن نصيبه منه ، ويصير مال كل الى ورثة الآخر الأحياء ، وان شاركهما مساو ، انتقل الى وارثه الحى ما ورثه .

وان لم يكن لهما وارث صار ما لهما الى الامام .

وذهب بعض الأصحاب الى تعدى هذا الحكم الى كل سبب يقع معه الاشتباه، كالقتيل ، والحريق ، لوجود العلة ، وهو ضعيف لمنع التعليل الموجب للتعدى مع كونه على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على موضع النص والوفاق .

ولو كان الموت حتف الأنف فلا توارث مع الاشتباه اجماعا .

أما حكم ميراث [1] الخنثى — وهو من له فرج الرجال والنساء — فانه يورث على اعتبار الفرج الذى يبول منه ، فان بال منهما فعلى الذى سبق منه البول ، بمعنى الحاقه بلازمه من ذكورية وأنوثية ، سواء تقارنا فى الانقطاع أم اختلفا ، وسواء كان الخارج من السابق أكثر من الخارج من المتأخر ، أم أقل على الأشهر .

وقيل : أولا ومع وجود هذه الأوصاف منهما دفعة ، يورث على ما ينقطع فيه أخيرا على الأشهر .

(١) المرجع السابق للجبعى العاملى ج ٢ ص ٣٣١ ، ص ٣٣٢ الطبعة السابقة .

وقيل : أولا ومع وجود هذه الأوصاف يلحقه حكم جميع أحكام من لحق به ، ويسمى واضحا ، ثم مع التساوى فى البول أخذا وانقطاعا ويصير مشكلا ، وقد اختلف الأصحاب فى حكمه حينئذ .

فقيل : تعد أضلاعه فان كانت ثمانى عشرة فهو أنثى ، وان كانت سبع عشرة من الجانب الأيمن تسع ومن الأيسر ثمان فهو ذكر ، وكذا لو تساويا وكان فى الأيسر ضلع صغير ناقص .

ومستند هذا القول ما روى من قضاء على عليه السلام به معللا ، بأن حواء خلقت من ضلع آدم عليه السلام ، وان خالفت فى عدد الأضلاع وانحصار أمره بالذكورة والأنوثة ، بمعنى أنه ليس بطبيعة ثالثة ، بمفهوم الحصر فى قول الله تعالى « يهب لمن يشاء [2] اناثا ويهب لمن يشاء الذكور » وفى الرواية ضعف ، وفى الحصر منع ، وجاز خروجه مخرج الأغلب .

وقيل : يورث بالقرعة ، لأنها لكل أمر مشكل مشتبه .

والمشهور بين الأصحاب أنه حينئذ يورث نصف النصيبين ، نصيب الذكور ، ونصيب الأناث ، لموثقة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قال : قضى على فى الخنثى — له ما للرجال وله ماللنساء — قال : يورث من حيث يبول ، فان خرج

(٢) الآية رقم ٤٩ من سورة الشورى .

منهمـــا جميعـــا ، فمن حيث سـبق ، فان خـــرج سـواء فمن حيث ينبعث ، فـــان كانا سـواء ورث ميراث الرجال والنساء .

وليس المـراد الجمـع بين الفريضـــتين اجماعـــا ، فهـــو نصفهما ، ولأن المعهـــود فى الشرع قسـمة ما يقع فيه التنـــازع بين الخصمين مع تساويهما ، وهـــو هنـــا كذلك ولاستحالة الترجح من غير مرجح .

وجـــاء فى شرائع الاســـلام (١) : أن من ليس له فرج الرجـــال ولا النســـاء يـورث بالقـــرعة ، بل يكتب على ســهم عبـد الله ، وعلى الآخـر أمة الله ويستخرج بعد الدعاء، فمـــا خرج عمل به .

وجـــاء فى الروضـــة البهية (٢) : أن الغيبة المنقطعة ، وهى مانعة من نفـــوذ الارث ظاهرا حتى يثبت موته شرعا ، وقد نبه عليـــه بقوله : والغائب غيبة منقطعة ، بحيث لا يعلم خبره ، لا يورث حتى يمضى لـــه من حين ولادته مدة لا يعيش مثـــله اليهـــا عـــادة ، ولا عبـــرة بالنـــادر ، وهى فى زماننـــا مائـــة وعشرون ســـنة ، ولا يبعـــد الآن الاكتفـــاء بالمـــائة، لنـــدور التعمـــير اليهـــا فى هذه البـــلاد ، فاذا مضـــت للغـــائب المـــدة المعتبـــرة ، حكم بتوريث من هو موجـــود حال الحكم ، ولـــو مـــات لـــه قـــريب فى تلك المـــدة ، عـــزل لـــه نصـــيبه منـــه ، وكان بحـــكم ماله والحـــكم بالتـــربص بميراث الغـــائب المدة المذكـــورة ، وهـــو المشـــهور بين الأصـــحاب ، وهـــو منـــاسب للأصـــل ، لـــكن ليس بـــه رواية صريحـــة .

ومـــا ادعى لـــه من النصـــوص ليس دالا عليـــه .

وفى المســـألة أقـــوال أخـــر مســـتندة الى روايات ، بعضها صحيح .

منهـــا أن يطلب أربع ســـنين فى الأرض ، فان لم يوجـــد قســـم ماله بين ورثتـــه ذهب اليـــه المرتضى والصـــدوق ، وقـــول المصنف فى الدروس ، وجنح اليه العلامة ، وهو قوى مروى ، ويؤيده الحكم الســـابق باعتـــداد زوجتـــه عـــدة الوفاة ، وجـــواز تزوجهـــا بعـــدها ، ولو لـــم يطلب كذلك فالعمـــل على القـــول المشـــهور .

وقيل : يكفى انتظاره عشر سنين من غـــير طلب وهو مروى أيضـــا .

وجـــاء فى شرائع الاسلام (٣) : أن الغائب غيبة منقطعة لا يورث حتى يتحقق موته ، أو تنقضى مدة لا يعيش مثله اليها غالبا ، فيحكم لورثتـــه الموجودين فى وقت الحـــكم .

---

(١) شرائع الاسلام فى الفقه الاســـلامى الجعفرى للمحقق الحلى ج ٢ ص ١٩٧ طبـــع دار مكتبة الحياة ببيروت سنة ١٢٩٥ هـ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ٣٠٠ الطبعة السابقة.

(٣) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٨٣ الطبعة السابقة .

وقيل : يورث بعد انقضاء عشر سنين من غيبته .

وقيل : يدفع ماله الى وارثه الملى ، والأول أولى .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل [١] ان توريث الغرقى والهدمى يصح ، ومثلهم ، من ماتوا بحرق ، أو فى قتال ، ولا يدرى من مات أولا ، أو علم اتحاد وقت موتهم ، ورث بعضهم من بعض من صلب أموالهم ، دون ما توارثوه ، بمعنى أنه لا يضم مال ميت ورث ما ورثه من غيره ، فهم يتوارثون فى الكل ، على أنه مال واحد ، كارث الأحياء للأموات ، فان الحى يرث فى كل مال الميت ، لا ما منعه مانع ، أى لا يجوز ذلك هنا ، أى لا يتوارثون فى الكل .

والحاصل أن كلا منهما لا يرث مما ورثه منه الآخر ، كزوج وزوجة غرقى ، لا يدرى من مات أولا ، ولكل ألف درهم ، فيقدر الزوج على أنه حى ، ماتت زوجته قبله فيرث منها نصف ما تركت ، خمسمائة درهم ، ثم يقدر أنه حى وماتت زوجته بعده فترث من الألف التى كانت بيده أولا ، ربعها مائتين وخمسين دون المئات الخمس التى ورث منها ، فانها لا ترث منها .

وان شئت فقل : تحيى الزوجة فترث من زوجها الربع ، مائتين وخمسين ، ثم تمات ويحيى الزوج ، فيرث النصف خمسمائة درهم من الألف ، ولا يرث من المائتين والخمسين .

وما ذكره المصنف وذكرناه هو قول أصحابنا ، وهو مروى عن على وعمر ، وبه قال الكوفيون وجمهور البصريين .

وقال أهل المدينة ، وزيد بن ثابت ، وعمر ابن عبد العزيز ، وجمهور الأمة : لا يرث بعضهم بعضا ، وكل واحد يرثه سائر ورثته لا من غرق أو حرق ، أو قتل مثلا معه اذ لا ارث بشك ، ومن شرطه تحقق حياة الوارث ، وقضى به عمر بن عبد العزيز .

قال العاصمى : ويمنع ميراث بجهل من سبق من مات بهدم أو غرق ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم لا ميراث بشك ، فاذا انتفى الميراث منهما رجع ميراث كل واحد للباقين من ورثته ، ويقدر الميتان كمن لا قرابة بينهما ، ولا سبب ارث .

وكذا روى عن خارجة بن زيد بن ثابت أنه قال : لا ميراث بين من قتل يوم الجمل ، ولا يوم الحر ، ولا يوم صفين ، الا من علم أنه مات قبل صاحبه ، وجعل ميراث كل واحد للأحياء من ورثته .

وروى قومنا عن عمر رضى الله تعالى

(١) من كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٨ ص ٣٨٩ص٣٩٠، ص ٣٩٢ الطبعة السابقة .

عنه أنه قال : اذا ماتا معا ووجدت يد أحدهما على صاحبه ، يورث الأعلى من الأسفل ، لأن الغالب أن الحى يضع يده على الأسفل .

قيل : وهو قول لا يعضده قياس.

فان هلك أخوان ، ولم يعلم السابق ، وترك أما وأخا .

فعلى قول الجمهور : يكون للأم الثلث مما ترك كل واحد ، لا السدس ، وللأخ الباقى .

وعلى قول أصحابنا : للأم السدس لوجود أخ ثالث مع تقدير أخ من الأخوين الميتين حيا ، ففريضتهم من اثنى عشر ، للأم اثنان ، ولكل أخ خمسة فتحفظ الخمسة التى صحت للميت ، ثم يقدر موت الذى قدرت حياته ، وتقدر حياة الآخر ، فالفريضة أيضا من اثنى عشر ، للأم اثنان من كل واحد ، وفى يد الأخ الحى خمسة من هذا ، وكذا للآخر خمسة منه ، ففى يد كل واحد من الأخوين خمسة ورثها من الآخر .

ثم قال : واذا علم موت أحد المتوارثين بنحو الغرق بعد الآخر معينا ولم ينس، فالمتأخر يرث السابق اجماعا .

وان علم ونسى ، واشتبه عليه الأمر وقف الأمر للبيان ، أو الصلح للضرورة.

فهذان قسمان .

والثالث أن يعلم السابق ولا يعلم عين السابق .

والرابع أن لا يعلم السابق .

والخامس أن يعلم الاتحاد .

وأحكام هذه الثلاثة واحدة .

وقيل فى الثالث بالتوقف للبيان أو الصلح (١) .

ويحكم على مفقود لم تعلم حياته ، ولا موته بموت اذا مضت عليه أربع سنين من يوم فقده ، لا من يوم الشهادة بالفقد ، سنة لكل جهة ، وعليه العمل ، وهو قول عمر ، وغيره .

وقال ابن مسعود : سبع .

وعن على : ست سنين .

ويقسم ماله عندنا ، وسواء عندنا الفقد فى بلد التوحيد ، والفقد فى بلد الشرك فى حرب أو سلم .

وزعم قوم أن المفقود فى أرض الشرك بلا حرب ، أو الأسير الذى لا يعلم موته ولا حياته ، لا يورث ماله ، ولا تتزوج زوجته ، ولا تطلق ، مادام له مال تنفق منه ، فاذا انقضى وطلبت الطلاق ، فلها .

---

(١) من كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٣ ص ٣٨٤ ، ص ٣٦٥ طبع مطبعة يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

أمـا من فقد فى أرض الشرك بالحـــرب فيعمـر فى المـال والزوجـة كالمفقـود فيهـا بلا حـرب .

وقيل تضرب له ســـنة للبحث عنهـــا ، وبعدهـا يورث ، وتعتـد زوجتـه للوفـاة، والســنة من الاياس منه لا من قيام الزوجية، والتعمير عندهم مالا يعـاش اليه .

وقيـل يجعل لـه أربع سـنين .

وقيل : سـبعون .

وقيل : غير ذلك من أقوال الغيبة .

وقيل : مالا يعاش الى مثله .

أمـا من فقـد فى أرض الاســلام ضرب أربع سـنين بعد العجـز عن خبره وتعتـد بعـد الأربع عـدة الوفـاة ، وتتـزوج ولا يورث ماله حتى يأتى عليـه مــالا يعيش اليـه .

وان قـدم المفقود[1] أو ظهر حيا ، ولـم يقـدم ، ومثـله الغـائب ، وقـد تـزوجت زوجتـه ، فمـات قبـل أن يعلم مختـــاره ســواء علم بأنها تزوجت ، أم لـم يعــلم أنـه اختـار أحدهمـــا ، بـل بقى بـلا اختيـار كالذهول ، أو توهم أنهـا له قطعا مطلقـا ، أو توهم ليسـت له قطعـا ، أو بقى ليسـأل ، أو لـم يعـلم أنهـا تزوجت، أو نحو ذلك ، مثـل أن يجن ، أو يموت ، ورثته وورثهـا ، ان ماتت فى الحكم ، سواء علم بتزوجها أو لم يعلم ، ولـو قـال : انى اختـارها لارثها وماتت ، وذلك أنها للمفقود، واذا تبين أنه حى حتى يتركهـا بطـلاق أو اختيار أقل الصـداقين .

ثم قال : وخـرجت من الآخـر اذا مـات الأول ، ولـم يعلم مختاره ، لأنهـا لا تخرج من عصمة الأول الا بطـلاق أو نحـــوه أو باختيار أقل الصـداقين ، وقد مـات بعـد ظهوره قبـل أن يتيقنوا منه بشىء من ذلك ، فاستصحب الأصـل ، وهو أنها زوجـة لـه فتخـرج عن الثـانى .

وجـاء فى شرح النيل[2] : أن العـــدالة تـلزم كلا من الأبـوين أو الآبـــاء لولـد مشـترك بينهمـا ، وهـو من ولدتـه امرأة أو سرية دخـل عليهـا رجلان أو أكثـر فى طهـر واحـد بنكاح ، مثـل أن يزوجهـا ولى الرجل ، وآخـر لآخـر ، ولا يعلم الأول منهمـا ، وقـد دخلا عليهـــا ، ويكون ذلك كولد واحـد أى خالص لرجـل واحـــد ، فيعطيه كل واحـد من الآبـــاء المشـتركين فيـه ، مـثل ما أعطى لولده الخـاص بـه حوطـة .

وقيـل : يعطيه كل نصفه أى نصف الولد الخـاص ، لأنـه بنفقـــة نصف النفقـــة ،

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل لمحمـد بن يـوسـف أطفيش ج ٣ ص ٣٨٤ ، ص ٣٨٥ الطبعة السابقة .

(٢) من كتاب شرح النيل وشفاء العليـل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٧ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ طبع مطبعة يوسـف البـارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

ويرث منه نصف الميراث ، وان كان الآباء ثلاثة فأثلاثا ، وهكذا ، الا ان قيل : لا يكون الاشتراك فوق ثلاثة .

والصحيح القول الثانى ، ولعل الأول احتياط .

وكذا المختلط مثل أن تلد امرأتان أو أكثر فى ظلمة ، فلا تعلم كل منهن ولدها ، ويقررن بالجهل ، أو صرن يدعين ، ولا بيان ، أو فى غير ظلمة ، وتناكرن ، ولا بيان ، أو تشابهوا عليهن أو على أبائهن ، ولو بعد كبر ، قبل بلوغ أو بعده ، بحيث لا علم للولد أن ينكر من ينكر ، ويقبل من يقبل ، ولو صح عقله ، وكل واحد من الأولاد مختلط يعطيه كل أب كل ما يعطى ولده حوطة .

وقيل : نصفه أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك بحسب عدد الآباء كارثة ونفقته .

ويتصور الاختلاط فى الواحد ، باعتبار اللبس فى أبيه ، أهذا هو أم هذا ، بأن تلده امرأة وقد تزوجها رجلان فى طهر واحد ، ومسها واحد فقط ولا يعلم ، فذلك الولد الذى تلد بذلك المس مختلط فى عرف الفقهاء أيضا .

ومثال العدالة أن يعطى ولده الخالص له ، فيعطى الولدين المختلطين كلا منهما ، مثل ما أعطى ولده ، لأن كلا من المختلطين يمكن أن يكون هو الذى له .

وقيل : يعطى كلا منهما نصف ما أعطى ولده ، وكذا الأكثر ، وكذا يفعل الشريك ، فلو أعطى ولده عشرة ، أعطى الولد المختلط عشرة ، والمختلط الآخر عشرة ، وعلى القول الثانى : يعطى كلا خمسة .

اشتراط

يجرى بحث كلمة (اشتراط) فى الفقه الاسلامى على المنهج التالى :

أولا : معنى اشتراط لغة واصطلاحا . واصطلاحا .

ثانيا : أنواع الشرط فى الفقه الاسلامى .

ثالثا : آثار الشرط الجعلى .

شرط التعليق

وشرط التقييد على التصرفات فى الفقه الاسلامى .

أولا : معنى اشتراط لغة واصطلاحا .

(أ) معنى اشتراط لغة :

الاشتراط مصدر للفعل « اشترط يقال اشترط محمد على خالد كذا ، أى أخذ عليه شرطا والشرط (كما جاء فى لسان العرب[1])

(١) انظر من كتاب لسان العرب للامام العلامة ابى الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الأفريقى المصرى ج ٩ ص ٢٠٢ طبع دار صادر دار بيروت سنة ١٣٧٤ هـ سنة ١٩٥٥ م الطبعة الأولى مادة شرط .

هو الزام الشيء والتزامه في البيع ونحـوه ، والجمـع شروط .. ، وقـد شرط لـه وعليه كـذا يشـرط شرطـا ، واشـترط عليه ، والشريطـة كالشرط ، وقـد شـارطه وشرط لـه في ضـيعته يشرط وشرط للأجير يشرط شرطـا .

والشرط أيضـا : بزغ الحجـام بالمشرط ، يقـال شرط يشرط - بكسر الراء وضمها - شرطا ، اذا بزغ .

والشرط الذي نبحثـه هنا هـو الشرط بالمعنى الأول وهو الزام الشيء والتزامـه ، فاذا اشترط المشترى على البـائع شرطـا ، فقد ألزمـه أمـرا ، وكل منهمـا قـد التزم للآخـر بما اشـترط في العقـد .

(ب) معنى الشرط اصطلاحا :

يطلق الشرط في الفقـه الاسـلامي على نوعين : الشرط المحض ، وشرط التقييد .

الأول الشرط المحض : وهـو ما وضـحه صـدر الشريعـة [1] بقـوله : شرط الشيء ما يتوقف عليـه تحققـه ولا يكون داخـلا في ذلك الشيء ، ولا مؤثرا فيـه ، فبالضرورة ينتفي بانتفائه » وهـذا النـوع من الشرط ينقسـم الى شرط حقيقي ، وشرط جعلي :

١ - الشرط الحقيقي هو ما يتوقف عليـه وجـود الشيء في الواقع أو بحكم الشارع حتى لا يصح الحكم بدونه ، كمـا في الوضوء بالنسـبة للصلاة اذ الوضوء أمـر خـارج عن الصـلاة أوجبه الله تعالى على العبـد قبـل الدخـول فيهـا ، ليهييء نفسـه للقـاء ربـه والمثول بين يديـه ، ولا يقتضي وجـود الوضـوء وجـود الصـلاة ، فقـد يوجـد الوضوء ولا توجد الصـلاة ، ولـكن الصـلاة يتوقف وجودهـا عليه ، فاذا لـم يوجـد لم توجد فالوضوء غير مؤثر في وجودها، فالشرط يتعلق به وجـود الحـكم لا وجوبه، وكالشـهود للنـكاح : قال عليه الصـلاة والسـلام : « لا نكاح الا بشـهود » فاذا لم يوجـد الشهود لا يصـح عقد النكاح [2] ، وهذا الارتباط بين الشـهود وعقـد النـكاح أوجبـه الشـارع فهو ارتباط شرعي ، ومثل هـذا الشرط يسـمى شرطا شرعيـا « ويجري هـذا في كل ما أوجبـه الشـارع من شروط لصحـة صـلاة أو اقامـة حـد ، أو صحة تصرفـات .. »

٢ - الشرط الجعـلي : وهـو أمـر يعتبـره المكلف ويعـلق عليـه تصرفـا من تصرفاته ، وقـد سـمي بذلك ، لأن المـكلف هـو الذي جعـله شرطـا ، وعلـق عليـه قيـام التصرف ، كمـا يسمى العقـد المعلق على شرط ، عقـدا معلقـا .

ويسـمى الشرط أيضـا « شرطا معلقا » أو شرط التعليق .

---

(١) انظر من كتـاب شرح التوضـيح على التنقيح لصدر الشريعة عبيـد الله بن مسعود وعليـه التلويح للامام سـعد الدين التفتازاني وحاشية الفنري على التلويح وحاشية منلاخسرو وعبد الحكيم عليه أيضا ج ١ ص ١٤٥ طبعمطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر .

(٢) لم يأخذ المالكية بهذا الحديث .

وقــد عرف الحمــوى التعليق بقوله « هو ترتيب أمــر لم يوجــد على أمــر يوجــد بان أو احــدى أخواتهــا (١) » .

ويســمى أيضــا بالشرط اللغــوى ، لأن واضــع اللغــة هـــو الــذى ربــط الشرط بمشروطه ، أى جعــل هــذا الــربط اللفظى دالا على ارتبــاط معنــى اللفــظ بعضـــه ببعض (٢) .

ويكون التعليــق بأداة من أدوات الشرط . كان واذا ومتى وكلما ، كمــا يكون بما يقوم مقــامها مما يدل على ربط حصــول مضمون جملة بحصـــول مضــمون جملة أخــرى ، كمــا لــو دل الكــلام على التعليق دلالة كلمة الشــرط عليــه .

ومثــال التعليــق بــأداة الشرط : ان اســتحق المبيــع فأنــا كفيــل بالثمــن ، فقــد علق الكفالة على شرط هــو استحقاق المبيــع .

ومثال ما يدل على التعــليق دلالــة كلمــة الشرط عليــه : أن يقــول المكافأة التــى أنالهــا هــذا العــام صــدقة على الفقــراء، فقــد عــلق الصــدقة على نيل المـــكافأة هــذا العــام وترتب الحــكم على الوصــف تعــليق له بهــذا الوصــف ، كالشرط كأنــه قــال : ان نلت مكافــأة فى هــذا العـــام فهى صــدقة على الفقــراء .

الفــرق بين الشرط الحقيقى والجعلى :

يفترق الشرطان من حيث انــه اذا انتفى الشرط الحقيقى ينتفى المشروط ، فــان صحة الصــلاة تنتفى عنــد انتفـــاء الوضوء .

أمــا اذا انتفــى الشرط الجعــلى فانــه لا دلالة لانتفــائه على انتفاء المشروط ، فان المشروط يمكن أن يوجـــد بــدون الشرط ، نحــو أن دخــلت الــدار فأنت طـــالق ، فعنــد انتفــاء الدخــول يمــكن أن يقــع الطــلاق بســبب أخر (٣) .

النوع الثانى : شرط التقييد :

كمـــا عــرف الحمــوى شرط التقييــد بأنــه « التزام أمــر لم يوجــد فى أمـــر وجــد بصيغة مخصوصة » أو بعبارة أخرى : أن يقترن التصرف بالتزام أحــد الطرفين أو

(١) أنظر من كتاب الاشباه والنظــائر مع شرحه غمز عيون البصائر للحموى والمتن لمولانا زين العابدين ابراهيم الشهير بابن نجيم المصرى والشرح لمولانا السيد احمــد بن محمــد الحنفى الحموى جـ ١ ص ٢٠١ طبع المطبعــة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٢٩٠ هـ .

(٢) الفروق للامام العلامة شهاب الدين أبى العباس احمــد بن ادريس بن عبــد الرحمـــن الصنهاجى المشهور بالقرافى وحاشـــية عمـــدة المحققين سراج الدين أبى القاسم بن عبد الله الانصارى المعروف بابن الشاط وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية لحمد بن على ابن الشيخ حسين مفتى المالكيه بمكة المكرمة جـ١ ص ٦٠ الطبعة الأولى سنة ١٣٤٤ هـ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية .

(٣) انظــر من كتاب التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة حـ ١ ص ١٤٥ الطبعة الســابقة والفروق للامام العلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمـــن الصــنهاجى المشهور بالقرافى حـ ١ ص ٦٢ الطبعة السابقة.

كليهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف ، وغير موجود وقت التعاقد

وذلك بكلمة بشرط كذا ، أو على أن يكون كذا ، أو ما أشبه ذلك مما يدل على الاشتراط ، فاذا اشترط فى البيع رهن بالثمن المؤجل ، فان هذا الاشتراط أدى الى التزام أمر لم يوجد وقت التعاقد — وهو الرهن فى عقد وجد بصيغة مخصوصة وهو عقد البيع .

ونقصر البحث هنا على ما يشترطه المكلف فى تصرف من تصرفاته ، وهذا يتناول الشرط الجعلى ، أو الشرط المعلق — وشرط التقييد ، أما الشرط الحقيقى أو الشرعى فسيأتى بحثه فى كلمة (شرط) .

خصائص كل من الشرط المعلق والشرط المقيد

أولا خصائص الشرط المعلق : يشترط لصحة التعليق ما يأتى :

١ — أن يكون أمرا زائدا على أصل التصرف — كما أوضحنا آنفا — لأن الشرط هو الأمر الخارج عن الشىء فهو محض واقعة اعتبرها المكلف ، وعلق عليها تصرفه بارادته ، وليس للشرط تأثير فى وجود التصرف أو عدمه .

٢ — أن يكون أمرا مستقبلا ، وذلك لأن الشرط وجوابه لا يتعلقان الا بأمر يوجد مستقبلا ، فاذا قال لزوجته : ان دخلت الدار فأنت طالق يحمل على دخول مستقبل وطلاق لم يقع قبل التعليق اجماعا [1] .

٣ — أن يكون أمرا معدوما على خطر الوجود ، أى ألا يكون أمرا واقعا بالفعل ، والا كان التصرف منجزا ، كما لو قال : ان كانت الشمس طالعة فأنا كفيل بالثمن ، وكانت الشمس طالعة فعلا ، وألا يكون أمرا مستحيلا ، والا كان التصرف باطلا ، كما لو قال ان طلعت الشمس من المغرب فقد وكلتك فى بيع منزلى ، فلابد من كون الشرط أمرا معدوما على خطر الوجود ، أى ممكنا[2] .

٤ — أن يكون التعليق على أمر يرجى الوقوف على وجوده ، فاذا علق التصرف على أمر مجهول لا يصح التعليق كالتعليق على مشيئة الله تعالى عند بعض الفقهاء . فلو قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى ، لا يقع الطلاق عند الأحناف والشافعية ، لأنه علقه على شىء لا يرجى الوقوف

---

(١) انظر من كتاب الفروق للأمام العلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن أدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافى حـ ١ ص ٧٧ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية الطبعة الأولى سنة ١٣٤٤ هـ .

(٢) انظر من كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم المصرى ص ٢٠١ الطبعة السابقة .
والأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للامام جلال الدين عبدالرحمن السيوطى ص ٣٧٦ الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٨ هـ سنة ١٩٥٩ م .

على وجـوده [١] .

٥ ـ ألا يوجـد فاصـل أجنبى بين الشرط والجـزاء ، فلو قـال : لزوجتـه أنت طالق ثم قـال بعـد فتـرة مـن الزمـن : ان خـرجت مـن الـدار دون اذن منى لـم يكن تعليقـا للطـلاق ، ويـكون الطـلاق منجـزا بالجمـلة الأولى [٢] .

ما يترتب على التعليق :

اختلف الفقهـاء فى كـون العقـد على شرط ينعقـد سـببا لحكمـه فى الحـال ، أم أنه لا يوجـد العقـد الا بعـد تحقـق الشرط الى رأيين .

الرأى الأول : يرى الحنيفـة أن التعـليق يترتب عليـه ألا يوجـد العقـد الا بعـد تحقق الأمـر الذى علق عليـه العقـد ، فاذا تحقق هـذا الأمر وجـد العقـد ، وترتبت عليـه أحـكامه وآثاره مـن وقت تحقـق الشرط فقط ، أمـا قبـل تحقـق الشرط فلا يوجـد العقـد [٣] .

وتعتبر صـيغة التعليق الموجـودة حينئذ سببا مجازيا ، أو علة اسما .

كمـا يعتبر الشرط الذى علق عيـه العقد علة حكمـا فقط .

والسبب المجـازى هو ما يفضى الى الحـكم فى الجملة (انظـر مصطلح سبب) .

والعلة أسـما : هى ما يضـاف الحـكم اليهـا من غير تأثير ، ويتراخى الحـكم عنها انظر مصطلح (علة) .

والعلة حكمـا هى ما يتصـل بهـا الحكم من غير اضـافة ولا تأثير (انظـر مصطلح علـة) [٤] .

الرأى الثـانى : يرى الشافعية أن التعليق على الشرط ينعقد سـببا للحكم فى الحـال ، ولكن التعليق يؤخـر وجـود الحـكم الى زمان وجـود الشرط ، فالعقـد المعلق على الشرط موجـود ، ولكن حكمـه تأخـر الى وقت تحقق الشرط الذى علق عليـه ، فـاذا قـال ان اسـتحق المبيع فأنا ضـامن لذلك أنعقد قوله « فأنا ضـامن » سـببا للحـكم فى الحـال ، ولكن التعـليق على الشرط ـ وهو اسـتحقاق المبيع ـ أخـر الحـكم ـ وهـو الضـمان ـ الى الوقت الذى يتحقق فيـه الشرط .

فالتعليق عنـد الشـافعية بمنزلة الاضافة الى الأجل فى أن كلا منهما لا يمنع السـبب

---

(١) التلويح على التوضيح ج ١ ص ١٤٨ ، ومغنى المحتاج للعـلامة الفقيه الشـيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج المذكور لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى حـ ٣ ص ٢٨١ طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ .

(٢) انظر كتـاب كشـاف القناع عن متن الاقناع العلامة الشيخ منصور بن ادريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الارادات للشيخ منصـور ابن يونس البهوتى جـ ٣ ص ١٧٣ طبع المطبعـة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣٢٩ هـ الطبعـة الأولى .

(٣) انظر كتاب الاشباه والنظائر لابن نجيم المصرى ص ٣٠١ الطبعة السابقة .

(٤) التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة والتلويح عليه للامام سعد الدين التفتازانى جـ ١ ص ١٤٨ الطبعة السابقة .

عن الانعقــاد ، وانمــا يؤخــر الحــكم فقط فالعقــد موجــود فى حالة التعليق ، وفى حالة الاضــافة الى أجــل ، والتعــليق يؤخــر الحــكم الى حين تحقق الشرط المعلق عليــه ، كمــا أن الاضــافة الى الأجــل تؤخر الحكم الى أن يجىء الوقت المضــاف اليــه •

أثر الخــلاف :

ويظهــر أثر الخلاف فيمــا يأتى :

(أ) اذا قــام شــخص بالوفــاء بالتزامه المعــلق على شرط قبــل تحقــق الشرط ، ثم تحقق الشرط ، فهــل الوفــاء الســابق بهذا الالتزام يجزىء بعــد تحقق الشرط أم لا ؟ كمــا لو نذر أن يتصدق بمبلغ من المــال ان قدم ابنــه من السفر ، ثم تصــدق قبــل قدومه بهــذا المبلغ وبعــد ذلك حضر الابن •

فبنــاء ، على رأى الشــافعية لا يجب عليــه التصــدق مرة أخرى ، لأنه حينمــا تصــدق كان الالتزام موجــودا • وتعجيل الأداء بعــد وجــود السبب وقبل وجــوب الأداء صحيح بالاتفاق ، كتعجيل الزكاة قبــل الحــول اذا وجــد الســبب وهــو النصاب •

وبنــاء على رأى أبى حنيفــة يلزمه التصديق مرة أخــرى عنــد تحقق الشرط ، لأنه حينما تصدق كان الالتزام غير موجــود ، وتعجيل الأداء قبــل وجــود الســبب لا يجــوز بالاتفاق •

(ب) وكذا لــو قــال شــخص لامرأته ان تزوجتك فأنت طــالق ، أو لعبــد ان ملكتك فأنت حــر ، ثــم تزوج المــرأة ، أو ملك العبــد •

فبنــاء على رأى الشــافعى لا تطــلق المرأة ، ولا يعتق العبــد ، لأن العقــد عنده موجــود منذ صدوره ، ووجود الملك شرط عنــد تحقق الســبب ، فيبطــل التعليق ، لعــدم وجــود الملك •

وبنــاء على رأى أبى حنيفــة تطلق المرأة ويعتــق العبــد ، لأن العبــد وجــد عنــد تحقــق الشرط ، وفى هــذا الــوقت كان مالكا ، فيصح التعليق لوجــود الملك عنــد تحقق الشرط المعلق عليه العقــد [1] •

ثانيــا : خصائص شرط التقييد :

١ ــ أنه أمــر زائد عن أصــل التصرف ، فقــد صرح الزركشى فى قواعده بأن « الشرط ما جزم فيــه بالأصــل ــ أى أصــل الفعل ــ وشرط فيه أمــر آخــر [2] •

٢ ــ أنه امر مســتقبل ، ويتضح هــذا مما أورده الحمــوى فى تعــريف الشرط بقوله أنه « التزام أمر لم يوجــد فى أمر وجد • »

---

(١) التوضيح على التنقيح لصدر الشريعــة عبيد الله بن مسعود والتلويح عليه لسعد الدين التفتازانى وحاشــية الفنرى عليه وعبد الحكيم ايضا حـ ١ ص ١٤٦ ، ص ١٤٧ الطبعة السابقة.

(٢) انظر كتاب الأشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر للحموى والمتن لمــولانا زين العابدين ابراهيم الشهير بأبن نجيم المصرى حـ ٢ ص ٢٢٤ الطبعة السابقة

الفــرق بين التعليق والشرط المقيــد :

جاء فى حاشــية الحمــوى « وقد فــرق الزركشى فى قواعــده بين التعــليق والشرط فقــال : ان التعــليق ترتيب أمــر لم يوجــد على أمر يوجــد بان أو احــدى اخواتهــا

والشرط التزام أمــر لم يوجــد فى أمــر وجد بصيغة مخصوصة »[١] .

آثار كل من الشرطين على التصرفات :

نبين أولا حــكم تعــليق التصرفــات على الشرط ، ثم نبين ثانيا حكم تقييــدها بالشروط

حكم تعليق التصرفات :

مذهب الحنفية :

تنقســم التصرفات مــن حيث قبولهـــا التعــليق على الشرط ، وعــدم قبــولها فى مذهب الحنفية الى ثلاثة أقسام .

القســم الأول : تصرفات لا تقبــل التعليق مطلقا : ويشــمل هــذا القســم : التمليكات والتقييدات والرهن والأقرار .

(أ) التمليكات : تشــمل التمليكات العقــود والتصرفات الآتية :

١ ــ البيع : لا يصــح تعليق البيــع على الشروط مطلقــا ، لأنه من عقــود التمليك ، وهى تقتضى انتقــال الملكيــة فى الحــال ، والتعــليق تمليــك على ســبيل المخاطرة ، ولمــا كانت هــذه التمليكات للحــال لم يصح تعليقهــا بالخطــر ، لوجــود معنى القمار ، فيفســد البيــع اذا علق على الشرط ، كأن يقــول البــائع بعتــك هــذا الشىء ان كان على حاضرا .

ويســتثنى من هــــذا الحـــكم صــورة واحدة ، وهى أن يقــول بعتــك هــذا ان رضى فلان فانه يجــوز أن وقتــه بثــلاثة أيام ، لأنه اشتراط الخيــار لشــخص أجنبى وهو جــائز [٢] .

٢ ــ الاقالة : ففى البزازية لا يصح تعليق الاقالة على الشروط كأن باع ثورا من زيد ، فقال البائع : اشتريته رخيصا (يريد الاقالة) فقــال زيد للبــائع : ان وجــدت مشــتريا للسلعة المبيعــة لى بثمن أكثر فبعهــا منه ، فاذا وجد فباعها ، لا ينعقد البيع الثــانى ، لأن قــوله « ان وجــدت . الخ » اقــالة وتعليق الاقالة على الشرط لا يصح .

وفيها أيضا : اذا قال المشترى انه يخسر ، فقــال البــائع : بعــه فان خسر فعـــلى ، فبــاع فخسر لا يلزمه شىء [٣] .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نحيم مع حاشــية الحموى حـ ٢ ص ٢٢٤ الطبعة السابقة .

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المختار للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين حـ ٢ ص ٣٤٦ ، ص ٣٦٢ الطبعــة الثــالثة

(٣) نفس المرجــع حـ ٤ ص ٢٢٣ الطبعــة السابقة .

٣ ـ الصلح عن مال بمـــال : لا يصـــح تعليق هذا النـــوع على الشرط ، فاذا قال : صالحتك عن الألف التى لى عندك بهذا المـــال أن قدم زيد فانه لا يصح ، لأنه حينئذ يكون معاوضة مال بمال فيكون بيعـــا ، والبيـــع لا يصح تعليقه كما بينا آنفا .

وفى الزيلعى : انمـــا يكون بيعـــا اذا كان البدل خلاف جنس المدعى به ، فلو كان البدل من جنســـه ، فان كان بأقـــل منـــه فهـــو حط وابراء ، وان كان بمثله فقبض واستيفاء ، وان كان بأكثر فهـــو فضـــل وربا [١] .

٤ ـ القسمة ، ولا يصح تعليق القسمة على الشرط أيضـــا ، لأن فيهـــا معنى المبـــادلة فهى كالبيـــع ، أما تعلقهـــا على رضا أجنبى فان الأمر لا يخـــلو : أما أن يكون تعليقهـــا على رضـــاه غير مؤقت أو مؤقت ، فان كان غـــير مؤقت فـــانه لا يصـــح التعليق مطلقـــا وان كـــان مؤقتـــا يصـــح اذا كـــان الشىء محـــل القســـمة من جنس واحـــد علـــى أنه خيـــار شرط لأجنبى ، كما يصح فى البيع[٢] .

٥ ، ٦ ، ٧ : الاجـــارة ومثلهـــا المزارعة والمســـاقاة ، لا يصـــح تعليق الاجارة على الشرط مطلقـــــا ، لأنهـــا تمليك المنفعـــة والأجرة ، فهى من عقـــود التمليكات وتعليق التمليكات لا يصـــح ، فاذا قال شـــخص لآخر

(١) رد المحتـــار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه حـ ٤ ص ٣٤٨ الطبعة السابقة.
(٢) المرجع السابق لابن عابدين حـ ٤ ص ٣٤٦ الطبعة السابقة .

آجـــرتك هـــذه الدار ان قـــدم ابنى من السـفر تفســـد الاجارة للتعليق [٣] .

ومثـــل الاجـــارة : المزارعة والمســـاقاة . فاذا قال شـــخص لآخـــر : زارعتـــك أرضى أو ساقيتك كرمى ان قـــدم ابنى ، تفســـد المزارعـــة والمســـــاقاة ، لأنهمـــا فى معنـــى الاجـــارة والاجارة لا يصح تعليقها [٤] .

٨ ، ٩ : النـــكاح : لا يصـــح تعليقـــــه أيضـــا ، لأنه مـــن عقـــود التمليـــكات ، فاذا قـــالت : ان رضى أبى تزوجتـــك لا يصـــح لأنه تعـــليق والنـــكاح لا يحتمله كمـــا فى الخانيـــة .

وفى الظهيرية لو كان الأب حاضرا فقبل فى المجلس جـــاز ، وهو استحسان [٥] .

وكـــذلك الخـــلع من جـــانب الزوجـــــة لا يصح تعليقه .

١٠ ـ الاجازة : والمقصود بها أجازة عقد من العقـــود التى لا يصح تعليقهـــا على الشرط ، فاذا قالت البالغـــة : أجـــزت النكاح ان رضيت أمى ، كان هـــذا التعليق مبطـــــلا لاجازتهـــا النكاح[٦] .

(٣) المرجع السابق وحاشية ابن عـــابدين عليه حـ ٤ ص ٣٤٧ الطبعة السابقة .
(٤) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين حـ ٤ ص ٣٥١ الطبعة السابقة .
(٥) حاشية ابن عابدين حـ ٤ ص ٣٥٤ الطبعة السابقة .
(٦) رد المحتار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه حـ ٤ ص ٣٤٧ الطبعة السابقة .

(ب) تعليق التبرعات : وتشمل التصرفات الآتية :

١ ــ الهبة : لا يصح تعليق الهبة على الشرط مطلقا ، لأن من شرط ركن الهبة ــ الصيغة ــ ألا يكون معلقا بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد ، وقدوم خالد ، ورقبى ، ونحو ذلك ، لأن الهبة تمليك العين للحال ، والتمليك لا يحتمل التعليق بالخطر ، كالبيع [١] .

٢ ــ الوقف : لا يصح تعليق الوقف على الشرط ، لأنه ليس مما يحلف به ، فلو قال : ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده ، لا تصير وقفا : لأن شرط الوقف أن يكون منجزا ، جزم به فى فتح القدير [٢] . والاسعاف حيث قال : اذا جاء غد ، أو رأس الشهر أو اذا كلمت فلانا أو اذا تزوجت فلانة فأرضى صدقة موقوفة يكون باطلا ، لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر .

وفى رواية ضعيفة يصح تعليقه[٣] .

(ج) التقييدات : ويندرج تحتها ما يأتى :

١ ــ الحجر على المأذون بالتجارة ، لا يصح تعليق الحجر على الشرط ولا اضافته الى أجل ، فلو قال للمأذون ان قدم فلان فأنت محجور ، أو فقد حجرت عليك غدا أو رأس الشهر ، لا يصح مع أن الاذن بالتجارة يصح تعليقه واضافته ، ووجه الفرق ان الاذن تصرف اسقاط ، لأن انحجاز العبد ثبت حقا لمولاه ، وبالاذن أسقطه ، والاسقاطات تحتمل التعليق والاضافة كالطلاق والعتاق ونحوهما ، فأما الحجر فاثبات الحق واعادته ، والاثبات لا يحتمل التعليق والاضافة كالرجعة ونحوها [٤] .

٢ ــ ٣ : عزل الوكيل والرجعة ، وكذلك لا يصح تعليق هذين التصرفين على الشرط ، فلو قال لوكيله عزلتك ان قدم فلان ، أو قال لزوجته المطلقة منه طلاقا رجعيا : راجعتك ان قدم فلان ، لا يصح العزل ، ولا الرجعة ، لأن هذه التصرفات من التقييدات ، حيث ان فى الوكالة اطلاقا عما كان ممنوعا منه من التصرف فى مال الموكل ، وفى العزل تقييد لذلك الاطلاق ، وكذا فى الرجعة تقييد

---

(١) انظر كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لأبى بكر بن مسعود الكاسانى حـ ٢ص ١١٨ الطبعة الاولى طبع مطبعة المطبوعات العلمية بمصر .

(٢) انظر من شرح فتح القدير للشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى السكندرى المعروف بابن الهمام وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام اكمل الدين محمد ابن محمود البابرتى وحاشية المولى المحقق سعد الدين عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبو بسعدى افندى على شرح العناية المذكور وعلى الهداية شرح بداية المبتدى لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى حـ ٥ ص ٣٧ مطبعة مصطفى محمد .

(٣) رد المحتار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه حـ ٤ ص ٣٥٢ الطبعة السابقة.

(٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى حـ ٧ ص ١٩٢ الطبعة السابقة .

للمرأة عمـا أطلق لهـا بالطـلاق من حقـوق الزوجيــة (١) •

(د) تعليق الاقــرار : الأصــح فى المذهب الحنفى عدم صحة تعليق الاقــرار على الشرط، لأنه ليس ممـا يحلف به ، فاذا قال : لفــلان على كذا ان أقرضنى كذا ، أو ان قــدم فــلان، أو ادعى شخص على آخر مالا ، فقال : ان لم آتك بــه غدا فهــو على ، فانه لا يصح هذا الاقــــرار ، ولا يلزمه شىء ان أقرضــه أو قدم فــلان ، أو لم يأت به غــدا ، لأنه علق الاقــرار على شرط فيــه خطر والتعــليق بالشرط يخرج الاقرار عن أن يكون اقرارا ، لأنه يترتب على التعليق ظهــور الحق عنــد تحقق الشرط وعــدم ظهــوره ان لم يتحقق، وهــذا ينافى حقيقة الاقرار (٢) •

القسم الثانى : تصرفات يصح تعليقهـــا على الشرط الملائم فقط • ويشمل هذا القسم التصرفات التالية :

(أ) الالتزامات ، ويندرج تحتها ما يأتى :

١ ـــ ٢ : الكفالة والحوالة : يصح تعليق الـكفالة والحــوالة على الشرط الملائم دون غيره ، والشرط الملائم هــو ما يؤكد موجب العقــد ، كأن يكون ســـببا لظهــور الحق أو وجوبه أو وسيلة اليه أو سببا لتعـــذر الاستيفاء •

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين حـ ٤ ص ٣٤٥ ، ص ٣٤٧ ، ص ٣٥٠ .

(٢) المرجع السابق لابن عابدين حـ ٤ ص ٣٥٢ الطبعة السابقة .

فمثال الأول : أن يقول : أن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن ، فان الشرط وهو استحقاق المبيــع سبب لوجــوب الثمن للمشترى على البـــائع •

ومن هذا القبيل ما فى الآية القرآنيـــة « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » (٣) فان الـكفالة بالجعــل معلقــة بسبب وجوبه وهو المجىء بصاع الملك •

ومثــال الثانى : أن يقــول : ان غصب فلان منك هــذا الشىء ، أو ان بايعت فلانا فأنا ضــامن لذلك جــاز ، لأن هــذه الأفعال سبب لوجوب الضمان •

ومثال الثالث : أن يقــول : اذا قدم فلان ـــ وهو مكفول عنه أو مضاربه ـــ فأنا كفيل ، صحت الـكفالة ، لأن قدومه وســيلة الى الأداء فى الجملة ، وسبب موصل للاستيفاء منــه •

ومثال الرابع : ما اذا قال : ان غاب فــلان عن البــلد أو هــرب ولم يدع شـــيئا ، فأنا كفيــل ، صحت الـكفالة لأن الغيبـــة والهرب سبب لتعذر الاستيفاء منه (٤) •

(٣) الآية رقم ٧٢ من سورة يوسف .

(٤) فتح القدير وهامشه شرح العنايه على الهــداية حـ ٥ ص ٤٠٤ ، ص ٤٠٦ الطبعــة السابقة ، والفتاوى الهندية المســماة بالفتاوى العالمكرية وبهامشه فتاوى قاضيخان وهو للامام فخر الدين حسن بن منصور الأوز جندى الفرغانى الحنفى حـ ٣ ص ١٨٩ طبع المطبعة الكبــرى الأميرية ببولاق مصر ســنة ١٣١٠ هـ الطبعــة الثانية .

أما ان علقت الكفالة وكذا الحـوالة على شرط غير ملائم فانهـا لا تصـح ، كمـا لو قال : ان هبت الريح أو ان دخـل زيد الدار فأنا كفيـل ، لأن الكفالة فيهـا معنى التمليـك والأصـل ألا يجـوز تعليقهـا بالشرط ، واستثنى الشرط الملائم لهـا ، لأن العرف جار فى مثل هذه الشروط .

٣ ــ التحريضـات : ويصـح تعـليق التحريضات على الشرط الملائم ، كما لو قال الامام قبـل دخول المعركة من قتـل قتيـلا فله سـلبه ، فانه بذلك قـد جعـل استحقاق السـلب معلقـا على قتـل العـدو ، وهذا الشرط شرط ملائم ، لأن قتـل العدو ملائم لاستحقاق المكافأة وهى سـلب القتيـل ، كما أن فيـه تحريض المحاربين على الانتصـار على أعدائهم (١) .

(ب) الاطلاقات : ومنها الاذن للصـبى بالتجـارة ، فاذا علق هـذا الاذن على شرط ملائم جـاز ، مثـل أن يقول للصبى : اذا بلغ سـنك خمسـة عشر عـاما ، أو اذا صلحت فقد أذنت لك فى التجارة ، لأن بلوغ السن ، وكذا صـلاحه يناسب ويلائم الاذن بالتجـارة ، أما لو قال : ان قـدم زيد ، أو ان هبت الريح فقـد أذنت لك فانه لا يصـح : لأنه شرط غير ملائم (٢) .

(ج) الولايات : ومنهـا القضاء والامارة : فان كلا من القضـاء والامارة يقبـل التعليق على الشرط الملائم دون غـيره ، مثـل أن يقـول الامام لشـخص اذا وصـلت الى بلدة كذا فأنت قاضـيها ، أو اذا وصـلت الى مكة فأنت أمير الحج فى هـذا الموسـم ، فانه يصـح ، ويصبح عنـد تحقق الشرط قاضيا أو أميرا ، لأنه شرط ملائم لهـا ، أما لو علقهـا على شرط غير ملائم فانه لا يصح كمـا لو علقهـا على هبـوب الريح ، أو نزول مطـر .

والأصل فى جـواز تعليق الامارة قـوله صـلى الله عليـه وسـلم حين بعث البعث الى مؤتة ، وأمر عليهم زيد بن حارثة « ان قتـل زيد بن حارثة فجعفـر أميركم ، وان قتـل جعفـر فعبـد الله بن رواحة رواه البخـارى ، وهذه القصـة مما اتفق عليها جميـع أهل السـير والمغازى (٣) .

(د) الاسقاطات : ومنهـا الابراء عن الـكفالة ، ذكر فى البحـر صـحة الابراء عن الكفالة اذا علقـه بشرط ملائم كان وافيت به غـدا فأنت برىء ، فوافاه به برىء من المـال ، وهو قول البعض .

وفى الفتح أنه الأوجه ، لأنه اسـقاط لا تمليك .

وان علقـه على أمر كائن وموجـود كمـا لو قال لغريمـه ان كان لى عليـك دين فقـد

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين حـ ٤ ص ٣٤٥ الطبعة السابقة .

(٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ٢ ورد المحتار على الدر المختارج ٤ ص ٣٤٥ .

(٣) نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٢٦ ــ ٢٦٧ طبعة أولى ورد المحتار على الدر المختارج ٤ ص ٣٤٥ ص ٥٣٣ ، ص ٥٣٤ .

أبرأتك ، وله عليــه دين ، برئ لأنه علقه بشرط كائن فتنجز » (١) .

أو قال ان أعطيته شريكى فقد أبرأتك ، وقــد أعطاه صح .

وتعليق الابراء على الموت : ففى الخانية : لو قال لمديونه اذا مت — بضـم تاء المتكلم — فأنت برئ من الـدين جاز ويـكون وصــية .

ولو قــال — ان مت بفتح تاء المخاطب — لا يبرأ ، وهــو مخاطرة ، كمــا لو علقــه على أمر غير ملائم ، كان دخلت الدار فأنت برئ لا يبرأ .

وفيها لو قالت المريضــة لزوجهــا : ان مت من مرضى هــذا فمهــرى عليك صــدقة أو أنت فى حل منــه ، فماتت فيه فمهــرها عليــه ، لأن هذه مخاطرة فلا تصح .

وقــد علق ابن عابدين على ما جــاء فى الخانيــة بقــوله : والفــرق بين هذه المسائل مشـــكل ، فان المــوت فى الأولبين محقــق الوجود ، فان كان المراد بالمخاطرة : هــو الموت مع بقــاء الدين فهــو موجــــود فى المسألتين ، ولعــل الفــرق أن تعليقــه بموت نفســه أمكن تصحيحه على أنه وصـــية وتعليق الوصية صحيح .. حتى تصــح من العبــد بقــوله : اذا عتقت فثلث مالى وصــية كمــا فى وصــايا الزيلعى ، بخــلاف تعليقــه بمــوت المديون ، فانه لا يمكن جعله وصــية ، فبقى محض ابراء ، ولا يعــلم هل يبقى الدين الى مــوته فكان مخــاطرة فلم يصــح .

وكذلك مسألة المهــر فيهــا مخاطرة من حيث تعــليق الابراء على موتهــا من ذلك المرض ، فانه لا يعــلم هــل يكون ، أو لا يكون ، لــكن علمت أن الوصــية يصـــح تعليقهــا بالشرط ، فان قيــد بمــا ليس فيه مخــاطرة يلزم ألا تصــح هــذه الوصــية لو كانت لأجنبى مع أن حقيقــة الوصـــية تمليك مضــاف لمــا بعد الموت ويصح تعليقها بالعتــق .. وان كانت المخاطرة من حيث أنه لا يعــلم هل تجيــز الورثة ذلك أو لا تجيزه ، أو هــل يكون أجنبيــا عنهــا وقت الموت ، حتى تصح الوصــية ، أولا يكون أجنبيـــا عنهــا لم يبق فائدة لقولهــا من مرضى هذا ، ويلزم منــه صــحة التعليق اذا قالت « ان مت بدون قولهــا » من مرضى هذا ويحتاج الى نقــل فى المسألة (٢) .

تعليق الابراء على شرط غير ملائم :

أما(٣) ان علق الابراء على شرط غير ملائم فانه لا يصــح ، جــاء فى العزمية عن ايضاح الكرمانى لو قــال : ان دخلت الــدار فقــد أبرأتك ، أو قــال لمديونه ، أو كفيــله : اذا أديت الى كذا أو متى أديت ، أو ان اديت ، الى خمسمائة فأنت برئ عن البــاقى ، فهــو باطل ولا ابــراء ، لأنه تمليك من وجــه حتى

(١) رد المحتارج ٤ ص ٣٤٩ ، ص ٣٥٠ .

(٢) رد المحتار على الدرالمختارج ٤ ص٣٥٠
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٩ .

يرتد بالرد ، وان كان فيــه معنى الاســقاط فيكون معتبرا بالتمليكات ، فلا يجــوز تعليقه بالشرط (بحــر عن العينى) .

القسم الثالث : تصرفات يصـــح تعليقهـا على الشرط مطلقـا : ويشـمل هذا القسـم التصرفات الآتية :

(أ) الاسـقاطات المحضــة كالطــلاق والعتق وتسـليم الشــفعة بعـد ثبوتهـا ، فان هــذه التصرفــات يصــح تعليقهـا على الشــرط مطلقــا ، ســواء كان ملائمـا أم غير مــلائم ، فــان تحقــق الشــرط وقــع التصرف ، والا لــم يقع [١] .

وقــد علل الاحنـــاف هــذا الحـــكم بأنهـــا ممـا يصــح أن يحلف بهــا .

(ب) الالتــزام بالطـــاعات : يصـــح تعـــليق الالتــزام بالطاعــات على الشروط جميعهـــا ، فاذا قال : ان شـــفيت مــن مــرضى حججت ، أو تصـــدقت بكذا ، أو وقفت أرضى على الفقـــراء ، فانــه يصـح التــزامه ، ويلزمــه عنـــد تحقق الشـرط الوفـــاء ، بالحــج ، أو الصـــدقة ، أو الوقف .

وقــد جــاء فى جــامع الفصــولين [٢] : تعليقــا على القـــول بعــدم صحة تعليــق الاعتكاف قــوله « قال شـيخنا فى بحــره: وكيف يصـــح أن يقــال بعـــدم صـحة تعليقـــه مع الاجمـــاع على صـــحة تعليق المنـــذور من العبـــادات أى عبـــادة كانت ، حتى ان الوقف لا يصـــــح تعليقــه بالشرط، ولو علــق النـــذر به ــ أى بالــوقف ــ بشرط صــح التعــليق . فى الواقعـــات الحســامية من الفصــل الســابع فى النــذر بالصـــدقة : رجل ذهب لــه شىء فقــال : ان وجــد فلله تعــالى على أن أقــف أرضى على أبنــاء الســبيل فوجــده وجب عليــه أن يقف ، لأن هــذا نــذر ، والوفــاء بالنذر واجب [٣] .

(ج) من عقـــود التبرع : الوصية : يصح تعليق الوصـــية على الشروط جميعهـا ، فاذا قال : أوصيت بثلث مالى ان أجــاز فــلان ، صحت الوصـــية مع أنهــا من التمليـكات ، لأ نهــا فى الحقيقة معلقـــة بالمــوت ، حيث يترتب عليهــا اثبــات الخــلافة فى المـــال بعــد الموت [٤] .

(د) الولايات ومنهــا :

١ ــ الوكالة : يجــوز تعــليق الوكالة على الشرط مطلقـــا ، فاذا قــال : ان قـــدم محمــد فأنت وكيلى فى بيــع هــذا الشىء ، صـــحت الوكالة ، لأن التوكيل يؤدى الى اطلاق تصرف الوكيـــل فى مال الموكل ، والاطلاقات ممــــا يحتمــل التعليق بالشــرط والاضـــــافة الى الوقت كالطــلاق والعتق[٥] .

---

(١) رد المحتارج ٤ ص ٣٤٥ .
(٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ٤ .

(٣) يراجع رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٠ ــ ٣٥١ .
(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٥) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ .

٢ ـ الايصـاء ، والايصـاء مثل الوكالة فى صـحة تعليقـه ، لأن كلا منهمـا عقـد ولايـة (اطـلاقات) اذ الايصـاء هـو طلب فعـل يفعـله الموصى اليـه بعـد غيبـة الموصى أو بعـد موتـه فيمـا يرجع الى مصالحه ، كقضـاء ديونه والقيـام على حوائجـه ومصـالح ورثتـه من بعـده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك [١] .

مذهب المالكية :

تنقسـم التصرفـات من حيث قبولهـا التعليق على الشـروط وعـدم قبولهـا فى المذهب المـالكى الى قسـمين .

القسـم الأول : تصـرفات لا تقبـل التعليق على الشرط : وينـدرج تحت هـذا القسـم المعاوضـات ، والايمـان بالله تعـالى ، والاقـرار .

(أ) تعليق المعاوضـات ، وتشمل :

١ ، ٢ : البيـع والاجـارة : فقـد جـاء فى كتـاب الفـروق : [٢] أن الذى يقبـل الشـرط دون التعـليق عليه كالبيع والاجارة ونحوهمـا .. لا يصـح التعليق عليـه بأن يقـول : ان قـدم زيد فقـد بعتـك أو آجـرتك ، لسـبب أن انتقـال الأمـلاك يعتمـد الرضـا ، والرضـا انمـا يكون مـع الجـزم ، ولا جـزم مع التعـليق ، فـان شـأن المعـلق عليـه أن يكون يعترضـه عـدم الحصـول .

الا أن المذهب يسـتثنى من هـذه القاعدة تعليق البيـع على رضـا شـخص أجنبى أو مشـورته ، كمـا لو قـال بعتـه لك أو اشـتريته منك ان رضى فـلان ، فقـد أجـازوا هـذا التعليق ، بشـرط أن يـكون الشـخص الذى علـق العقـد على رضـاه أو مشـورته غير بعيد عن موضـع العقد، والمـراد بالبعـد ألا يعـلم ما عنـده الا بعـد فـراغ مـدة الخيـار ، ومـا ألحـق بهـا بأمـد بعيـد [٣] .

٣ ـ عقد النكاح : لا يصح تعليق عقـد النكاح على الشرط عنـد المالكية :

واستثنوا من هذه القاعدة ما أشـار اليه الخرشى [٤] بقـوله : **وصـح ان مت فقـد زوجت ابنتى** [٥] **فـلانة مـن فـلان اذا مـا صـدر ذلك فى مرضـه طال مرضـه أو قصـر .**

وقيـد سحنون الصـحة بمـا اذا قبـل الزوج النـكاح بقـرب مـوت الأب ، لأن العقـود يجب أن يكون القبـول بقربهـا لا سيما عقـد النكاح ، فان الفروج يحتـاط فيهـا مالا يحتـاط فى غيرهـا .

وقال يحيى بن عمـر : يصـح ذلك طـال الأمـر أو لـم يطـل ..

---

(١) فتح القدير ج ٨ ص ٤١٦ .
(٢) الفروق ج١ ص ٢٢٩ .

(٣) الخرشى ج ٤ ص ٢١ .
(٤) الخرشى ج ٣ ص ١٦ .
(٥) أى أن مات فى مرضه هذا فقـد زوج ابنته .. الخ .

٤ ـ القــراض (المضــاربة) لا يصــح تعليق القــراض على الشــرط فلو وكله على خــلاص دين لــه على فــلان ، فاذا خلصه كان بيــده قراضــا ، فان ذلك لا يجــوز ، ولو كــان الذى عليــه الدين حاضرا مقــرا مليئا تأخــذه الأحــكام مالم يقبض بحضرة ربه . وكذلك لا يجــوز أن يدفــع للعــامل ذهبــا ، ويشــترط عليه أن يصرفهــا بفضة، ثم يعمــل بهــا قراضــا » .

(ب) الايمــان بالله تعــالى والدخــول فى الدين : لا يصــح تعليــق الايمـــان بالله تعــالى والدخــول فى الدين على الشــرط ، فلو قــال شخص « ان كنت كاذبـــا فى هــذه القضـــية فأنا مســلم أو مـؤمن ، أو ان لــم آت بالدين فى وقت كــذا ونحــو ذلك من الشــروط التى يعــلق عليهـــا فلا يلــزم اســلام اذا وجــد الشرط ، بل يبقى على كفــره ، بســبب أن الدخــول فى الدين يعتــمد الجــزم بصــحته والمعلـــق ليس جــازما ، فهــذا متجــه فى أهــل الذمــة وأمــا الحــربيون نلزمهم الاســلام قهــرا بالســيف فجــاز أن يلــزمهم فى هـــذه الحــالة [١] .

(ج) تعليق الاقرار : لا يصح تعليق الاقرار على الشــرط ، فلــو قـــال : له على ألــف دينـــار ان تكلم أو دخــل الــدار ، لــم يصــح .

وقـــال ابن المواز وابـــن ســحنون وكذلك ان قــال : ان أمطــرت الســـماء ، أو ان هبت الــريح أو دخــل فــلان فى دارنــــا فهــو باطــل فى اجماعنــا [٢] .

تعليق الاقــرار على المشــيئة : أمــا اذا علق الاقــرار على مشــيئة الله تعــالى كما لــو قــال : على ألف لفــلان ان شــاء الله أو ان قضى الله ، فـــان ذلك لا يضـــر فى الاقــرار على المشــهور ، ويلزمــه ، لأنــه لــا نطق بالاقـــرار علمنـــا أن الله قــد شــاء ، وقضــاه ، ولأن الاستثناء لا يفيــد فى غير الحلف بالله .

أمــا اذا علــق الاقــرار على مشـــيئة انســان ، كمــا لــو قــال : لــه على ألف ان شــاء فــلان فشــاء فــلان فانه لا يلزمه بذلك شىء ، لأنه خطــر [٣] .

واذا قال : لــه على ألف ان اســـتحل ذلك أو ان أعــارنى الشىء الفــلانى فقــال المقــر له : استحللت ذلك ، أو أعــاره فانــه لا يلزم المقــر شىء مــن ذلك لأنه يقــول : ما ظننتــه يفعــل ذلك أو يعيرنى كذا [٤] .

وكــذا اذا قــال له على ألف ان شــهد بــه فــلان ، فانه لا يكون اقرارا ســـواء كان فــلان عــدلا أو غير عــدل [٥] .

القســم الثانى : تصرفات تقبــل التعليق على الشرط : وهـــذا القســـم يشـــمل التصرفــات الآتية :

(١) الفروق للقرافى ج ١ ص ٢٢٨ .

(٢) الالتزامات للحطاب ج ١ ص ١٩٦ .
(٣) الخرشى ج ٤ ص ٣٠٧ .
(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٣١٣ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣١٣ .

(أ) عقـــود التبرعـات : جـــاء فى فتـــاوى الشـيخ عليش « ان مـن علـق الهـدى أو الصـدقة على الملك يلزمـــه مثل أن يقـول : ان ملكت عبد فلان فهـو حـر ، فانه يلزمه العتق اذا ملكه .. « أو ان قدمت من هـذا السـفر فلفلان على ألف درهم ، أو ان اتممت هـذه الـدار أو هـذا الكتاب فعلى كذا ».

ومن سـماع ابن القـــاسم من كتـــاب الصـدقات والهبــات فى رجل قـال لرجل : بلغنى أنك تشتمنى فقـال : ما قلت فقـال : احلف لى ولك كذا وكذا هبـة منى ، فحلف ، أتـرى أن له الهبـة ؟ قـال : نعـــم ذلك يلزمـه [1] .

كمـا جـاء فى الشرح الصـغير [2] : فاذا قال أوصيت لمن سيكون من ولد فـلان فيكون لمن يولد لـه سـواء كان موجـودا بأن كان حمـلا حين الوصـية أو غير موجود أصلا ، فيؤخر الموصى بـه للوضـع على كل حـال، فاذا وضـع واسـتهل أخـذ ذلك الشىء الموصى بـه » .

(ب) الوصـاية : ويجـوز أيضـا عنـد المالكية تعليق الوصـاية على الشرط فلو قال: فـلان وصيى حتى يقـدم فـلان ، فاذا قـدم فلان ، ففـلان القـادم وصيى ، جـازت الوصـية ، وعنـد تحقق الشرط وهـو قدومـه يصـبح وصـيا كما ينعزل عندئذ الـوصى الأول ، وكـذا اذا قـال وصيتى زوجتى الى أن تتـزوج فهى مادامت عـزبا وصـية واذا تـزوجت سـقط حقهـا [3] .

(ج) الابراء عن الدين : جـاء فى الالتزامات للحطـاب : قال ابن سـحنون ولكن لو ادعى ذلك عليـه أى أن لـه عنـده مائة درهـم « فجحـد ، فقـال له : أحلف وأنت بـرىء أو قـال اذا حلفت أو متى حلفت .. فحاف فهـذا يلزمـه ويبرأ به المطلـوب ، ولـو رجـع الطالب وقـال : لا يحلف فليس لـه ذلك ».

(د) الاسقاطات ويندرج تحتهـا : الطلاق والخلع والعتق وتسـليم الشـفعة بعـد ثبوتهـا .

جـاء فى الفـروق للقـرافى [4] : أن الطـلاق والعتق يقبـلان التعليـق على الشرط كأن يقـول : ان دخلت الـدار فأنت طالق ، أو أنت حـر ، فـلا ينجز هذا الطلاق ولا العتـاق الآن حتى يقـع الشرط .

وكذلك يصـح تعليـق الخلع على الشرط فاذا قـال لزوجتـه : اذا أقبضتنى كذا فأنت طـالق ، أو ان أديت الى كذا فأنت طـالق، أو اذا ، أو متـى أديتنى فقـد طلقتـك لـم يختص اقباضهـا أو أداؤهـا بالمجلس الذى قـال لهـا فيـه ذلك ، بل اذا أقبضته أو أتت اليـه بمـا طلبـه منهـا ، فانهـا تطلق منـه ولو بعـد المجلس مـالم يطـل، بحيث يـرى أن الـزوج لا يجعـل التمليك

---

(١) فتاوى عليش ج ١ ص ١٩٥ — ١٩٦ .
(٢) الشرح الصغير ج ٢ ص ٤٣١ طبعـة صبيح .
(٣) الخرشى ج ٥ ص ٤٣٣ .
(٤) الفروق للقرافى ج ١ ص ٢٢٨ .

اليه ، اللهم الا أن تقوم قرينة تدل على أنه أراد المجلس ، فانه يعمل بتلك القرينة ولا يشترط قبولها لذلك فى المجلس ، وانما يناط الحكم بوجود المعلق عليه ، فان وجد حصل المعلق ، والا فلا ..

وذكر ابن عبد السلام أنه لابد من القبول ناجزا فى صورة التعليق ، فعلى هذا اذا لم يقع قبول ناجز بالمجلس ووجد المعلق عليه بعد المجلس مع قرينة على عدم الترك فانه لا يقع طلاق عنده ، فالصور ثلاث :

الأولى أن يوجد القبول والمعلق عليه بالمجلس ناجزين فيكون خلعا باتفاقهما .

الثانية عدم وجودهما الى ما يرى ترك الزوجين للتعليق ، ولا قرينة فلا خلع باتفاقهما .

الثالثة : وجد المعلق عليه بعد المجلس مع قرينة على عدم الترك ، ولم يقع قبول ناجز بالمجلس فهو ليس خلعا لها ، عند ابن عبد السلام ، ولها ذلك عند ابن عرفة [١] .

وكذلك يصح تعليق اسقاط الشفعة بعد ثبوتها ، فلو قال للمشترى ان دفعت الى كذا فقد أسقطت الشفعة، فان أدى اليه المال المشترط سقطت والا فلا [٢] .

(١) الخرشى ج ٣ ص ١٦٤ — ١٦٥ .
(٢) فتاوى الشيخ عليش ج ١ ص ٢١٣ .

(هـ) الالتزامات وتشمل : ١ — الالتزام بالطاعات ، فلو قال ان قدم زيد فعلى صوم شهر ، أو صلاة مائة ركعة ونحوها من الشروط والنذور ، فانه يصح، لأن هذه الالتزامات مما يقبل التعليق على الشرط [٣] .

٢ — الكفالة : يجوز تعليق الكفالة على الشرط ، جاء فى الخرشى [٤] : الضمان يصح فى المجهول ، فاذا قال شخص لآخر : داين فلانا ، وأنا ضامن فيما داينته به ، فانه يلزمه ما داينه به اذا ثبت ببينة أو باقرار المضمون على أحد القولين .

ومن وجد رجلا يدعى على رجل بحق وهو يكذبه فقال له : أحلف أن لك عليه حقا ، وانا ضامن فيه فليس له أن يرجع قبل حلفه عن كفالته ، ولا ينفعه الرجوع لأنه حق واجب .. أى على تقدير حلفه ، لأنه لما قال احلف وأنا ضامن كأنه قال : التزم لك الضمان ان حلفت فهو حق واجب بالالتزام على تقدير الحلف ، فاذا حلف الطالب غرم الضامن .

مذهب الشافعية :

تنقسم التصرفات من حيث قبولها التعليق وعدم قبولها الى قسمين .

القسم الأول : تصرفات لا تقبل التعليق

(٣) الفروق للقرافى ج ١ ص ٢٢٩ .
(٤) الخرشى ج ٤ ص ٢٤١ .

على الشرط : ويندرج تحت هذا القسم التصرفات التالية :

(أ) المعاوضات : ١ ــ البيع : جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى : لا يقبل البيع التعليق الا فى صور :

الأولى : بعتك ان شئت .

الثانية : ان كان ملكى فقد بعتكه ومنه مسألة الوكيل والموكل : ان كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها .

الثالثة : البيع الضمنى : كأعتق عبدك عنى على مائة اذا جاء رأس الشهر[١] » .

٢ ــ القراض : جاء فى مغنى المحتاج[٢] لا يصح تعليق القراض على الشرط .

فلو قال : قارضتك ما شئت أو ماشئت جاز ، لأن ذلك شأن العقود الجائزة ، ولا يصح الا أن يعقد فى الحال .

فان علقه على شرط كأن قال : اذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك .

أو علق تصرفه كأن قال : قارضتك الأن ولا تتصرف حتى ينقضى الشهر لم يصح .

أما فى الأولى فكما فى البيع ونحوه . وأما الثانية : فكما لو قال بعتك هذا ولا تملكه الا بعد شهر .

(١) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٨٦ .

ولو دفع اليه مالا ، وقال : اذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء قراضا على أن لك نصف الربح لم يصح وليس له التصرف بعد موته ، لأنه تعليق ، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح .

٣ ، ٤ : الجعالة والخلع [٣] : فى السيوطى فى أشباهه أن الجعالة والخلع يجرى فى صحة تعليقهما خلاف ، نظرا لأن لهما شبها : بالنذر ، والنذر يصح تعليقه ، ولأنه يترتب على كل منهما تمليك والتمليكات لا يصح تعليقها .

٥ ــ النكاح : لا يصح تعليق النكاح على الشرط ، فاذا قال : ان طلعت الشمس فقد زوجتك بنتى ، لم يصح النكاح ، كما لا يصح البيع ونحوه من باقى المعاوضات ، بل النكاح أولى لمزيد اختصاصه بالاحتياط ، وكذلك لو قال : زوجتك بنتى ان شاء الله وقصد التعليق، أو أطلق لم يصح وان قصد التبرك أو أن كل شىء بمشيئة الله تعالى صح[٤] .

(ب) التبرعات ــ عدا الوصية : وهى الهبة والصدقة : لا يجوز تعليق الهبة والصدقة على الشرط ، وذلك لأن هذه التصرفات تقتضى التمليك فى الحال ، ولم تبن على التغليب والسراية كالعتق ــ والتعليق ينافى هذا ، لأنه يجعل التمليك معلقا على حدوث أمر محتمل الوقوع فى

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧ ويراجع مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٩٨ فى الجعالة.
(٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٣٤ .

المســـتقبل ، وأيضـا فان تعليـق هـــذه التصرفات يؤدى الى غــرر [١] .

٢ ــ الوقف : لا يجـوز تعليق الوقف على الشرط ، فاذا قـال : ان جـاء زيـد فقـد وقفت كذا على كذا ، لـم يصـح الوقف الا أن الامـام السـيوطى[٢] فى أشـباهه ذكر أن الخـلاف يجـرى فى صحة تعليق الوقف، لأن له شـبها يسـيرا بالعتق ، والعتق يصح تعليقـه فجـرى وجـه ضعيف فى صحته ، والأرجح عـدم صحته لأنه يشـبه التمليك ومـا كان تمليكا محضا لا يصح تعليقه .

(ج) من الالتزامات الكفالة والضـمان : جـاء فى مغنى المحتـاج : « والأصح انه لا يجـوز تعليق الضمـان والكفالة بشرط ، كاذا جـاء رأس الشـهر فقـد ضـمنت ما على فـلان ، أو تكفلت ببـدنه ، لأنهمـا عقـدان فـلا يقبلان التعليق كالبيع .

والرأى الثـانى يجـوز ، لأن القبـول لا يشـترط فيهمـا فجـاز تعليقهما كالطلاق.

والرأى الثالث يمتنع الضـمان دون الكفالة، لأن الكفالة مبنية على الحاجة[٣] .

كمـا جـاء فى نفس المرجـع [٤] : أنـه صحح فى القـديم ضمـان ما سـيجب كثمن ما سـيبيعه أو ما يقرضـه ، لأن الحـاجة تدعـو اليـه .

والمذهب صحة ضمان الدرك بعـد قبض الثمن ، لأنـه انمـا يضـمن ما دخـل فى يد البـائع ، ولا يدخـل الثمن فى ضـمانه الا بقبضـه .

وضمان الدرك أن يضمن المشترى الثمـن ان خـرج المبيـع مسـتحقا ، أو ان أخـذ بشـفعة سـابقة على البيـع ببيـع آخر ، أو معيبـا ورده المشـترى ، أو ناقصـا ، أما لرداءته أو لنقص الصنجة التى يوزن بهـا .

(د) الوكالة : لا يصح تعليق الوكالة على الشرط فى الأصـح فى المذهب كسائر العقود، فلو قال : اذا قـدم زيد فقـد وكلت فلانـا بـكذا ، أو فهـو وكيلى فيه ، لـم تصـح الوكالة .

والرأى الثانى : صحة تعليق الوكالة قياسا على الوصـية ، الا أنـه فرق بين الـوكالة والوصية بأن الوصية تقبل الجهالة ، فتقبـل التعليق ولا كذلك الوكالة فلا تقاس عليها [٥] .

(هـ)ومن التقييدات : ١ ــ عزل الوكيل :

جـاء فى مغنى المحتـاج [٦] : ان تعليق عزل الوكيل فيـه وجهان كالتعليق فى الوكالة فاذا قال : ان طلعت الشمس فأنت معزول .

---

(١) مغنى المحتاج شرح المنهـاج ج ٢ ص ٣٦٩ .

(٢) الاشباه والنظائر للسـيوطى ص ٣٧٧ طبعة أخيرة .

(٣) مغنى المحتاج شرح المنهاج ج ٢ ص ١٩٣ .

(٤) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٨٧ .

(٥) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٧ والاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧ .

(٦) مغنى المحتاج ٢ ص ٢٠٨ .

فالأصح عدم صحة العزل .

لكن العزل أولى بصحة التعليق من الوكالة كمـا فى الروضـة كأصلها ، لأنه لا يشـترط فيـه قبـول قطعـا .

وعلى الأصح السابق يمتنع المعـزول من التصرف عند وجود الشرط لوجود المنـع كما رجحـه الأسنوى .

٢ ـ الرجعـة : لا يصـح تعليق الرجعة على الشرط كالنـكاح ، فاذا قـال راجعتـك ان شئت لم تصـح [1] .

٣ ـ الرجوع فى الهبـة : جـاء فى مغنى المحتـاج لا يصح الرجـوع فى الهبـة فيما يصح الرجـوع فيه ـ الا منجزا ، فلو قال : اذا جـاء رأس الشـهر فقد رجعت لم يصح، لأن الفسـوخ لا تقبل التعليق كالعقود[2] .

(و) الابـراء : جـاء فى الاشـباه للسـيوطى [3] : ولا يقبـل الابـراء التعليق الا فى صـور :

الأولى : ان رددت عبـدى فقد أبرأتـك صرح به المتولى .

الثانية : اذا مت فأنت فى حـل مـن الدين فهـو وصـية كمـا فى فتـاوى ابـن صـلاح .

الثالثة : أن يكون ضمنا لا قصدا ، كمـا اذا علق عتقـه ثم كاتبه فوجـدت الصـفة المعلق عليهـا العتـق ـ عتق وتضـمن ذلك الابـراء من النجـوم ـ أى أقسـاط المال المكاتب عليه ـ حتى يتبعه أكسابه ولو لـم يتضمنـه تبعـه كسـبه « وهـذا الـرأى مبنى على أن الابـراء تمليك وليس أسـقاطا، وهـو الأصح فى المذهب الشافعى [4] .

(ز) الايمان بالله تعـالى وفروعه :

لا يصـح تعليق العبـادات على الشـرط كالايمان بالله تعـالى والطهـارة والصـلاة والصـوم ، والحج ، فلو قـال : ان أحـرم زيـد أحرمت فالذى نقله البغـوى وآخرون أنه لا يصـح ، وكذا لو قـال أصـوم غدا ان شـاء زيد ، لم يصـح ، وان شـاء زيـد أو قال : أصـوم غدا ان نشطت ، لا يصـح أيضا وان نشـط ، لعدم الجـزم ، والعبادات ينافيهـا التردد وعـدم الجـزم فالتعليـق على الشرط ينافيهـا فلا تصـح معـه[5].

(ح) الاقـرار : وكذا لا يصـح تعليـق الاقرار على الشرط ، فلو قال : لفـلان على ألف ان شـاء الله أو ان لم يشـأ الله ، أو الا أن يشاء الله أو ان شئت أو شـاء فلان، لم يلزمـه شىء على المذهب ، سـواء أقـدم الألف على المشـيئة أم لا ، لأنه لم يجـزم بالالتزام ، بل علقـه بالمشيئة ومشـيئة الله تعالى مغيبـة عنا ، ومشيئة غير الله تعـالى لا توجب شـيئا[6] » .

(١) مغنى المحتاج على متن المنهاج ج ٣ ص ٣١٢ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧٤ .
(٣) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٧ ـ ٣٧٨ .

(٤) المرجع السابق ص ١٧٧ ـ ١٧٨ .
(٥) الاشباه والنظـائر ص ٤١ ، ص ٣٧٦ طبعة أخيرة .
(٦) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٣٧ .

القسم الثانى : تصرفات تقبل التعليق على الشرط : ويندرج تحت هـذا القسم التصرفات التالية :

(أ) من التبرعـات : ١ ــ الوصـــية : تقبل الوصـية التعليق على الشرط لأنهـا تقبـل الجهـالة ، فلو قـال [١] : « ان كان حملك ذكرا ، أو أنثى فله كذا ، فان ولـدت ذكرا كان له الموصى به ، وكذا لو ولدت أنثى وان ولدت ذكرين قسم الموصى به بينهمـا ، وكذلك فى الثانية يقسم بين الانثيين ، ولـو قـال : ان كان ببطنهـا ذكـر فله كـذا ، فولدت ذكـرا وأنثى اسـتحق الذكر فقط ، لأنـه وجـد ببطنهـا ، وزيـادة الأنثى لا تضـر •• »

٢ ــ العـارية : جـاء فى مغنـى المحتاج [٢] : يجـوز تعليق العـارية وتأخير القبـول ، ففى الروضـة وأصلها أنه لـو رهنـه أرضـا واذن له فى غراسها بعـد شهر فهى بعـد الشهر عارية غرس أم لا ، وقبله أمـانة حتى لو غـرس قبله قلع » •

(ب) الاسقاطـات : كالطلاق ، والعتـق والتدبير : يجـوز عند الشافعية تعليق هـذه التصرفات على الشرط ، لأنهـا اسـقاطات محضـة يسـتبد المتصرف بايقاعهـا دون حاجة الى قبـول الطـرف الآخر [٣] •

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٥٤ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤٧ .
(٣) يراجع الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٧٦ ويراجع مغنى المحتـاج ج ٣ ص ٣٩٢ فى شرح أدوات تعليق الطلاق و ج ٤ ص ٤٩٢ .

(ج) من الولايات : الايصـاء والامـارة يجـوز تعليق الايصـاء ، والامـارة على الشرط ، فقـد جـاء فى مغنى المحتاج [٤] : « ولو قـال أوصيت اليك الى بلوغ ابنى ــ فلان ــ أو الى قدوم زيد ، فاذا بلغ ابنى ، أو قـدم زيـد فهـو الـوصى ، جـاز هذا الايصـاء ، واغتفـر فيـه التـأقيت فى قوله الى بلوغ ابنى أو قدوم زيد ــ والتعليق فى قوله فـاذا بلـغ أو قدم فهـو الوصى »•

ويجـوز فى الايصـاء التوقيت والتعليق •• كاذا مت فقد أوصيت اليك ، لأن الوصاية تحتمل الجهـالة والاخطـار فكذا التـوقيت والتعليق ، ولأن الوصـاية كالامارة ، وقـد أمـر النبى صلى الله عليه وسـلم زيدا على سريـة وقال : ان أصيب زيد فجعفـر ، وان أصيب جعفـر فعبـد الله بن رواحـة رواه البخـارى » •

(د) الالتـزام بالطاعات : يصـح تعليق النـذر على الشرط : ويلزم النـاذر الوفاء بمـا نـذر عنـد تحقق الشرط ، كمـا لـو قـال : ان صمت رمضان أو أن شـفى الله مريضى : أو ان قـدم غـائبى ، فلله على أن أصـوم كذا ، أو أصـلى ، أو أتصدق او أعتق أو نحـو ذلك فانه يصـح [٥] •

مذهب الحنابلة :

تنقسـم التصرفـات من حيث قبولهـا التعليق وعـدم قبولهـا الى قسـمين :

(٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٧٢ .
(٥) حاشية الباجورى على شرح ابن القاسم باب النذر ص ٣١٤ طبعة المعاهد الازهرية .

القسم الأول : تصرفات لا تقبل التعليق على الشرط ويندرج تحت هذا القسم التصرفات التالية :

(أ) المعاوضات : ١ — البيع : لا يصح تعليق البيع على الشرط .

فقد جاء فى كشاف القناع[1] : من الشروط الفاسدة : أن يشترط البائع شرطا يعلق البيع عليه ، كقوله بعتك أن جئتنى بكذا ، أو بعتك ان رضى فلان .

وكذا تعليق الشراء كقبلت ان جاء زيد ونحوه ، فلا يصح البيع ، لأنه عقد معاوضة ، وهو يقتضى نقل الملك حال العقد ، والشرط هنا يمنعه .

أو يقول الراهن للمرتهن : ان جئتك بحقك فى محله بكسر الحاء أى أجله — والا فالرهن لك مبيعا بمالك من الدين ، فلا يصح البيع لقوله عليه السلام : « لا يغلق الرهن من صاحبه «رواه الأثرم» وفسره أحمد بذلك « ويصح بعت ان شاء الله ، وقبلت ان شاء الله ، لأن القصد منه التبرك لا التردد غالبا .

وقد أورد صاحب كتاب الفروع رواية عن الامام أحمد بصحة تعليق البيع على الشرط[2] .

٢ — الاجارة : لا يصح تعليق الاجارة على الشرط « فان قال : استأجرتك لتحمل لى هذه الصبرة وهى عشرة أقفزة بدرهم ، فان زاد على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح العقد فى العشرة فقط للعلم بها دون ما زاد فانه مجهول ، وأيضا عقده متعلق ، ولا يصح تعليق الاجارة .

وان قال استأجرتك لتحملها كل قفيز بدرهم فان قدم لى طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضا فى الصبرة فقط لما تقدم ، دون ما زاد[3] .

٣ — عقد النكاح : وكذا لا يصح تعليق عقد النكاح على شرط ، غير مشيئة الله تعالى ، فاذا قال زوجتك ابنتى اذا جاء رأس الشهر ، أو اذا رضيت أمها ، أو اذا رضى فلان ، فسد العقد ، لأنه عقد معاوضة فلا يصح تعليقه كالبيع ، ولأن ذلك وقف النكاح على شرط ، ولا يجوز وقفه على شرط . ويصح زوجت وقبلت ان شاء الله .

وكذا يصح تعليقه على أمر ماض أو حاضر .

فالماضى مثل زوجتك فلانة ان كانت ابنتى أو زوجتكها ان كنت وليها ، أو ان انقضت عدتها وهما — أى العاقدان — يعلمان ذلك أى أنها ابنته أو أنه وليها أو أنه قد انقضت عدتها .

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٤١ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٢٧ .
(٢) كتاب الفروع وتصحيحه ج ٢ ص ٤٨٤.

(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٩٠ .

والحاضر مثل زوجتكهـا ان شئت فقال شئت وقبلت ونحـوه ، فيصـح النكاح لأنه ليس بتعليق حقيقة بل هو توكيد وتقوية[١] .

٤ ــ الخلع : لا يصـح تعليق الخلع على شرط ، فلو قال لزوجته ان بذلت لى كذا فقد خالعتك على كذا ، لم يصـح الحاقا للخلـع بعقــود المعاوضـات لاشـتراط العـوض فيه[٢] .

(ب) التبرعات ــ عدا الوصـية : ويندرج تحتها التصرفات التالية :

١ ــ ٢ : الهبـة والصـدقة : لا يصـح تعليقهـا على الشرط ، فـلو قال : اذا قـدم فلان فقـد وهبتـك كذا لم يصـح ، لأن الهبة من التمليكات فصار حكمها حـكم البيع والبيع لا يصح تعليقه فكذا الهبة ، والصـدقة حكمها حكم الهبة[٣] .

٣ ــ الابراء : لا يصح تعليقه على الشرط كالهبة : ، عدا شرط الموت ، فان قال اذامت بفتح التـاء ــ فأنت برىء ممـا لى عليك ، لايبرأ ، فان ضـم التاء صـح الابراء عنـد وجـود شرطه وكان الابراء على الوجـه المذكور وصية لأنه تبرع مضاف لما بعد الموت وهو حقيقة الوصية[٤] .

(١) المغنى ج ٧ ص ٤٥١ وكشاف القنـاع ج ٣ ص ٥٦ ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٧٣ .
(٢) منتهى الارادات ج ٣ ص ١٩٠ .
(٣) المغنى لابن قدامه ج٦ ص ٢٥٢ وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٩ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٩ .

٤ ــ الوقف : لا يصـح تعليق الوقف على شرط فى الحياة كمـا لو قال : اذا ولد لى ولد أو اذا قـدم غائب فـدارى وقف أو فرسى حبيس ، لأن الوقف نقـل للملك فيمـا لم يبن على التغليب والسراية فـلم يجـز تعليقه على شرط فى الحيـاة ، كالهبة ، فأما اذا قال هـو وقف بعـد موتى ، فظـاهر كلام الخرقى أنه يصح ويعتبر من الثلث كسـائر الوصـايا ، وهو ظاهر كلام أحمد .

وقال القاضى أبو يعلى : لا يصـح هذا ، لأنه تعليق للوقف على شرط ، فلم يصـح كما لو علقه على شرط فى حياته[٥] .

(جـ) الرهن : لا يصـح تعليق الرهن على شرط كالبيع لأن من شروط صـحته أن يكون منجزا[٦] .

(ذ) الاقـرار : لا يصـح تعليقه ، لأن الاقرار اخبـار بحق سـابق فلا يصح تعليقه على شرط ، فلو قال أن قـدم فلان فله على ألف درهم لم يصـح ، لأنه ليس بمقـر فى الحـال ، وما لا يلزمه فى الحـال لا يصـير واجبا عند وجـود الشرط ، أما ان قال : له على ألف درهم ان قدم فلان ، فعلى وجهين .

أحدهمـا لا يـكون اقـرارا كالمسـألة السابقة .

(٥) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٢٢١ وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٤٦ .
(٦) كشاف القناع ج ٢ ص ١٤٤ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٩٣ .

والثانى : يكون مقرا ، لأنه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط ، لأنه لا يصلح أن يكون آجلا .

ويستثنى من هذا الحكم ما لو علقه على مشيئة الله تعالى مثل : لك على ألف ان شاء الله فانه يصح ، لأن مشيئته تعالى تذكر فى الكلام تبركا وصلة وتفويضا الى الله تعالى ، أما لو علقه على مشيئة غير الله تعالى مثل : له على ألف ان شئت أو شاء زيد لم يصح الاقرار .

وخالف فى هذا الحكم القاضى ، حيث قال بصحته ، لأنه قد عقب الاقرار بما يرفعه وهو قوله » ان شئت .. فصح الاقرار دون ما يرفعه قياسا على استثناء الكل ، كما لو قال : له على ألف الا ألفا ، حيث يبطل الاستثناء ويصح الاقرار ، وقياسا على مشيئة الله تعالى .

ويرجح المذهب الرأى الأول ، لأن المقر قد علق اقراره على شرط يمكن الوقوف عليه ، فلم يصح ، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى لأنها تذكر تبركا .. ولأنها لا تعلم الا بوقوع الأمر فلا يمكن وقوف الأمر على وجودها ومشيئة الآدمى يمكن العلم بها[١] .

القسم الثانى : تصرفات يصح تعليقها على الشرط : ويندرج تحت هذا القسم التصرفات الآتية .

(أ) من التبرعات الوصية ان علق الوصية على صفة بعد موته فاذا كان يرتقب وقوعها كقوله أوصيت له بكذا اذا مر شهر بعد موتى ، أو قال أوصيت لفلانة بكذا اذا وضعت بعد موتى ، صح التعليق لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون على شروطهم « وثبت عن غير واحد من الصحابة تعليقها ، ولأن الوصية لا تتأثر بالغرر ، فأولى ألا تتأثر بالتعليق لوضوح الأمر وقلة الغرر ، فان كانت الصفة لا يرتقب وقوعها بعد الموت ففى التعليق عليها نظر .

والأولى عدم جوازه ، لما فيه من أضرار لاورثة بطول الانتظار لا الى أمد يعلم[٢] .

(ب) من الالتزامات : ١ ، ٢ : الضمان والكفالة : يصح تعليقهما على الشرط .

فلو قال : ان خرج المبيع مستحقا فقد ضمنت لك الثمن أو أن خرج معيبا فقد ضمنت لك أرش العيب .

وكذا لو ضمن الثمن الواجب قبل تسليمه ان استحق أو ظهر به عيب .

وكذا لو خاف المشترى فساد البيع بغير استحقاق المبيع كدعوى البائع صغرا أو اكراها .. أو شك فى كمال الوزن أو المكيال فضمن ذلك فانه يصح ، لأنه مما تدعو اليه الحاجة الى التعامل مع من لا يعرف حاله ، وان لم يصح

(١) الشرح الكبير ج ٥ ص ٢٩٥ — ٢٩٨ .

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٥٠٦ .

ذلك لامتنعت المعـاملات مـع هؤلاء ، وفى هـذا ضرر عظيم رافـع لأصـل الحكمـة التى شرع البيـع لأجلهـا .

وكـذا لو قال ان لم آت بالمكفـول بـه غـدا فأنا كفيـل بفـلان وعينه أو فهـو ضـامن ما عليـه من المـال صحت الكفـالة والضـمان ، فان أتى بـه غدا ، لم توجـد الـكفالة والضـمان ، وان لم يأت به غـدا صـحت الـكفالة والضـمان ولزمه الوفـاء بهـا .

وكذا لو قـال : اذا قـدم الحـاج فأنا كفيـل بزيد شـهرا صـح لجمعـه تعليقـا وتوقيتا وكلاهما صحيح[1] .

الالتزام فى مقـابل تصرف يقـوم بـه الملتزم لـه .

اذا التزم شخص لآخر بمال فى مقابل تصرف يقوم به الملتزم له فانه يصـح ، كمـا لو قال لزيد : طلق زوجتك وعلى ألف ، أو وعلى مهرها لزمه ذلك ، فـان تحقق الشرط وهو الطلاق ، لزمه الألف ، والا لا يلزمه شىء .

ولو قـال اخلعهـا على كـذا على أو عليها وأنا ضـامن ، فان أجابـه الزوج ، صـح ، ولزمـه العـوض ، لالتزامه له ، ولا يلـزم المرأة العـوض ان لم تأذن للسـائل فى ذلك فـان أذنتـه فى ذلك لزمهـا ، لأنه وكيـل عنهـا[2] .

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ١٧٦ — ١٧٧ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ١١٦ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨٥ .

النـذر[3] : يصـــح تعليق النـذر على الشرط سـواء علقـه على فعـل نفسـه ، كان فعلت كـذا فعلى كـذا ونـوى بنـذره شـيئا معينا ، والا فعليـه كفـارة يمـين ، لحـديث عقبـة بن عـامر مرفوعا « كفارة النـذر اذا لم يسـم كفـارة يمـين » .

وان علقه على أمـر قاصـدا منـع نفسه من المعـلق عليـه أو قاصـدا الحث على فعله ، أو تصـديق الخبر ، كقـوله ان كلمتك أو ان لم أضربـك فعـلى الحج أو صـوم سـنة أو عتـق عبـدى أو مـالى صـدقة ، أو أن لم أكـن صـادقا فى هـذا الخبـر ، فعـلى صـوم كـذا ، فيخـير بين فعـله وكفـارة يمـين اذا وجـد الشرط .

لمـا روى عمـران بن حصـين قـال سـمعت رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم يقـول : لا نـذر فى غضب وكفارته كفـارة يمـين ، رواه سـعيد بن منصـور ، ولأنهـا يمـين فيتخـير فيهـا بين الأمرين .

وان كان النـذر للتبرر والتقـرب ، كنذر الصـلاة والصـيام والصـدقة والاعتكاف وعيـادة المريض والحـج والعمـرة ونحوها من القـرب ... سـواء نـذره مطلقـا أو معلقـا بشرط لا يقصـد به المنـع أو الحمل، كقـوله ان شـفى الله مريضى ، أو سـلم مالى ، أو طلعت الشـمس فلله علـى كذا ، أو فعلت كـذا .. فهـذا نـذر صـحيح وان لم يصرح بذكـر النـذر ، لأن دلالـة

(٣) منتهى الارادات ج ٣ ص ١٨٦ .

الحال تدل على ارادة النذر ، فمتى وجد شرطه اذا كان معلقا انعقد نذره ، ولزمه فعله ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر أن يطيع الله فليطعه » رواه البخارى (١) .

قال الشيخ تقى الدين بن تيمية تعليق النذر بالملك نحو ان رزقنى الله مالا ، فلله على أن أتصدق به ، أو بشىء منه ويصح اتفاقا (٢) .

وقد دل عليه قوله تعالى : « ومنهم من عاهد الله لئن أتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما أتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون — فأعقبهم نفاقا فى قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون ألم يعلموا أن الله يعلم سرهم ونجواهم وأن الله علام الغيوب (٣) .

(جـ) الاسقاطات : يصح تعليق الاسقاطات كالطلاق والعتق على الشرط ففى الطلاق لو قال : ان دخلت الدار فأنت طالق صح ، وتطلق عند تحقق الشرط .

ففى كشاف القناع (٤) : ويصح التعليق مع تقدم الشرط كأن دخلت الدار فأنت طالق ، ويصح أيضا مع تأخره كأنت طالق ان دخلت الدار بشرط اتصاله ونيته قبل تمام « أنت طالق » .

وكذا العتق يصح تعليقه بصفة كدخول دار وحدوث مطر وغيره كقدوم زيد ، ورأس الحول ونحوه ، لأنه عتق بصفة فصح كالتدبير .

ولا يملك السيد ابطال التعليق بالقول ، بأن يقول أبطلته ، لأنها صفة لازمة ألزمها نفسه فلم يملك ابطالها كالنذر .

ولو اتفق السيد والعبد على ابطال التعليق لم يبطل لذلك كتعليق الطلاق (٥) .

(د) الولايات وتشمل :

(١ ، ٢) الامارة والوصاية : يصح تعليقهما على الشرط ، فاذا قال أوصيت اليك فاذا كبر ابنى كان وصيى ، صح فاذا كبر ابنه صار وصيه وكذا لوقال أوصيت اليك فاذا تاب ابنى من فسقه أو قدم من غيبته أو صح من مرضه أو اشتغل بالعلم أو صالح أمه أو رشد فهو وصيى صحت الوصية اليه ويصير وصيا عند وجود هذه الشروط .

والأصل فى صحة تعليق الوصاية حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جيش مؤتة « أميركم زيد .. الحديث » فقد صح بالنص تعليق

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ١٦١ — ١٦٢ .
(٢) كشاف القناع ج ٤ ص ١٦٣ .
(٣) سورة التوبة الآيات من ٧٥ الى ٧٨ .
(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ١٧٢ .
(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٦٣٦ .

الامـارة علـى الشرط ، والوصـية فى معنى التـأمير فيصـح تعليقهـا علـى الشرط[١] .

٣ ـ الوكـالة : يجـوز تعليقهـا علـى الشرط قياسـا علـى الامارة بل ان تعليـق الوكـالة أولى بالجـواز فان الولى وكيـل وكـالة عـامة ، أما الوكيـل فهـو وكيـل وكـالة خاصـة ، فاذا صـح تعليـق الوكالة العـامة فتعليـق الوكـالة الخاصـة أولـى بالجـواز .

فاذا قـال : اذا طلـب أهلـى منـك شيئا فأدفعـه اليهم .. أو فأنت وكيـلى ونحـوه صـح .

فاذا تحقـق الشرط كان وكيـله ، والا لم يـكن ، للحـديث المتقـدم[٢] .

٤ ـ المضـاربة : أجـاز الحنـابلة تعليق المضـاربة على الشرط قياسـا على الوكالة ، فاذا قـال : ان بعت سـلعتى هـذه فضارب بثمنهـا ، أو أن قبضـت وديعتى ، أو دينى من فـلان فضـارب بهـا صـح ، فاذا تحقـق الشرط وهو بيـع السـلعة أو قبض الوديعـة أو الديـن وجـدت المضـاربة ، واذا لم يتحقـق لم توجـد[٣] .

(هـ) الوديعـة : يصـح تعليق الوديعـة علـى الشرط كالوكـالة .

فقـد جـاء فى منتهـى الارادات : وصح قـول مالك الوديعـة لمودع كلمـا خنت ثم عـدت الى الأمانة فأنت أمـين لصـحة تعليـق الايـداع علـى الشرط كالوكالة[٤] .

مذهب الظـاهرية :

(ا) تصرفـات لا يصـح تعليقهـا على الشرط وهى :

الكفالة : لا يجـوز تعليـق الـكفالة على الشـرط .

جـاء فى المحلى : من قـال لآخـر : أنـا أضـمن لك مـا تسـتقرضه من فـلان أو قـال له : اقترض من فـلان دينارا وأنـا أضـمنه عنـك أو قـال له : أقـرض فلانا دينـارا وأنا أضمنه لك لا يجوز لأنه شرط ليس فى كتـاب الله عـز وجـل فهـو باطل ولأن الضـمان عقد واجب ، ولا يجـوز الواجب فى غير واجب وهو التـزام مالم يلزم بعـد ، وهـو محـال وقول متفـاسد ، وكل عقـد لم يلزم حين التزامه فـلا يجـوز أن يلزم فى ثان ، وفى حين لـم يلتزم فيـه وقد لا يقرضـه ما قـال له ، وقـد يموت القـائل لذلك قبـل أن يقرضـه ما أمره باقراضـه فصح بكل هـذا أنـه لا يلزم ذلك القول[٥] .

العتق : لا يصـح تعليق عتق العبـد على تملـكه أو بيعـه .

---

(١) الشرح الكبير ج ٦ ص ٥٨٢ .
(٢) اعـلام الموقعين لابن القيـم ج ٣ ص ٢٨٤ وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٢ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٦٢ .
(٤) منتهى الارادات ج ٢ ص ٤١٩ وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٠٦ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ١١٧ ـ ١١٨ .

جـــاء فى المحلى : من قـــال : ان ملـــكت عبـــد فـــلان فهـــو حـــــر أو قـــال : ان اشتريته فهو حر ،أو قال ان بعت عبـــدى فهـــو حـــر أو قـــال شـــيئا من ذلك فى أمـــة لســـواه ، أو أمة لـــــه ثم ملك العبـــد والأمة أو اشـــتراهما أو باعهمـــا لم يعتقـــا بشىء من ذلك •

أما بطـــلان ذلك فى عبـــد غيره وأمـــة غيره فلمـــا روينـــاه من طريق مســـلم عن عمران ابن حصـــين قال : قال رســـول الله صـــلى الله عليه وســـلم « لا وفـــاء لنذر فى معصية ولا فيمـــا لا يملك العبـــد » •

وأمـــا بطـــلان ذلك فى عبـــده وأمتـــه ، فلأنه اذ باعهمـــا فقـــد بطل ملـــكه عنهمـــا ولا وفـــاء لعقده فيما لا يملـــكه روينـــا من طـــريق حمـــاد بن سـلمة حدثنـــا زيـــاد الأعلم عن الحسن البصرى فيمن قال لآخـــر ان بعت غـــلامى هـــذا منـــك فهـــو حـــر ، فباعه منـــه قال الحســـن ، ليس بحـــــر ، ثـــم قـــال : ولو قـــال لآخـــر ان اشـــتريته منك فهو حر ثم اشتراه منـــه فليس بحـــر ، وهو قـــول أبى سليمان ، وأصحابنا (١) •

وأما تعليق العتق فى غير ذلك مما لا معصية فيـــه فانه يجـــوز •

جاء فى المحلى(٢) : من قال ان كان أمر كذا ممـــا لا معصـــية فيـــه فعبـــدى هـــذا حر فكان ذلك الشىء فهو حـــر •

ومن أعتق الى أجل مسمى قريب أو بعيـــد مثل أن يقـــول : أنت حـــــر غـــدا ، أو الى ســـنة أو الى بعـــد موتى أو اذا جـــاء أبى أو اذا أفـــاق فـــلان ، أو اذا نـــزل المطر ، أو نحـــو هذا ، فهـــو كمـــا قال ، وله بيعه ما لم يـــأت ذلك الأجـــل ، فـــان باعه ثم رجع الى ملـــكه ، فقـــد بطـــل ذلك العتـــق ولا عتق لـــه بمجىء ذلك الأجل ولا رجـــوع له فى عقـــده ذلك أصـــلا الا باخـــراجه عـــن ملـــكه ، لأن هـــذا العتق اما وصـــية واما نـــذر ، وكلاهمـــا عقـــد صحيح قـــد جـــاء النص بالوفـــاء بهمـــا •

فلـــو علق العتـــق بمعصـــــية أو بغـــير طـــاعة ولا معصـــية لـــم يجـــز العتق ، لأنه عقـــد فاســـد محـــرم منهـــى عنـــه قـــال رســـول الله صـــلى الله عليـــه وســـــلم : لا وفـــاء لنـــذر فى معصـــية الله(٣) •

الطلاق : وكذلك لا يصـــح تعليق الطـــلاق على الشرط •

جـــاء فى المحلى : ومن قال : ان تـــزوجت فلانـــة فهى طـــالق ، أو قـــال فهى طـــــالق ثلاثـــا فكل ذلك بـــاطل ، ولـــه أن يتزوجها ، ولا تكون طالقـــا ، وكذلك لـــو قـــال كل امرأة أتزوجهـــا فهى طـــالق وســـواء عين مـــــدة قريبـــة أو بعيـــدة أو قبيلـــة أو بلـــدة كل ذلك بـــاطل لا يلـــزم •

لمـــا روى عن على بن أبى طـــالب قـــال :

(١) المحلى ج ٩ ص ١٨٤ — ١٨٥ •
(٢) المحلى ج ٩ ص ١٨٧ •
(٣) المحلى ج ٩ ص ٢٠٦ — ٢٠٧ •

لا طلاق الا من بعــد نــكاح وان ســـماها فليس بطــلاق •

ولمــا روى عنــه أيضا أنه سئل عن رجل قال : ان تزوجت فلانة فهى طالق فقال على : ليس طــلاق الا بعــد ملك •

ولمــا روى عن ابن عباس أنــه قــال لا طــلاق الا من بعــد نكاح قــال عطـــاء : فان حلف بطــلاق ما لم ينكح فلا شيء[1] •

وجــاء أيضــا فى المحلى ومن قال اذا جاء رأس الشـــهر فأنت طــالق أو ذكـــر وقتا ما فلا تكون طالقــا بذلك لا الآن ولا اذا جاء رأس الشـــهر •

برهـــان ذلك أنــه لم يأت قــرآن ولا ســنة بوقوع الطــلاق بذلك وقــد علمنــا الله الطــلاق فى المدخـــول بهـــا وفى غير المدخـــول بهـــا ، وليس هــذا فيمـــا علمنــا [2] •

التعليق على المشــيئة : لا يصــح الطلاق معلقــا على مشــيئة الله تعالى •

جــاء فى المحلى : ومن قال : أنت طــالق ان شـــاء الله ، أو قـــال : الا أن يشـــاء الله ، أو قـــال : الا ألا يشـــاء الله ، فكل ذلك ســواء ، ولا يقع شيء من ذلك طلاق [3] •

الظهـــار : لا يصح تعليق الظهـــار على الشـــرط •

جــاء فى المحــلى « ومن عــلق ظهـــاره بشيء يفعـــله ، مثل أن يقــول : أنت كظهــر أمى ان وطئتك ، أو قال : ان كلمت زيـــدا ، وكـــرر ذلك فليس ظهـــارا فعل ذلك الشيء أو لــم يفعــله ، لأنه لــم يمض الظهـــار ولا التزمـــه حين نطق به ، وكل مالم يلزم حين التزامـــه لـــم يلـــزم فى غير حـــال التزامه الا أن يوجب ذلك نص ولا نص هنـــا[4] •

الوصـــية : ولا يجـــوز تعليق الوصـــية على شرط ، فلو أوصى بعتق عبــد بعــد أن يخــدم فــلانا مــدة مسمـــاة قلت أو كثرت ، كانت الوصـــية باطلة [5] •

(ب) ما يصـــح تعليقـــه على الشرط :

١ ــ النذر : يصـــح تعليـــق النـــذر على الشرط اذا كان ملزمـــا ، فاذا قـــال : لله على اذا خلصـــنى من كذا ، أو اذا ملـــكنى أمـــر كذا ، أو اذا جمعنـــى مـــع أبـــى ، أو فـــلان صـــديقى ، أو مـــع أهــلى صــدقة أو ذكـــر شـــيئا من القـــرب •• ، أو يقول لله على أن أنـــزل الغيث ، أو ان صـــححت من علتى ، أو ان تخلصـــت ، أو ان ملـــكت أمـــر كذا ، أو مـــا أشـــبه هـــذا لزمـــه الوفـــاء بمـــا نـــذر •

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٥ ــ ٢٠٨ .
(٢) المحلى ج ١٠ ص ٢١٣ ــ ٢١٦ .
(٣) نفس المرجع ج ١٠ ص ٢١٧ .

(٤) المحلى ج ١٠ ص ٥٧ .
(٥) المحلى ج ٩ ص ٣٢٢ .

فان نذر معصية لله أو ما ليس بطاعة ولا معصية لم يلزم الوفاء بشيء من ذلك مثل أن ينشد شعرا أو أن يصبغ ثوبه أحمر ..

وكذلك من نذر طاعة ان نال معصية أو اذا رأى معصية ، مثل أن يقول : لله على صوم ان قتل فلان وفلان مظلوم ولا كفارة عليه فى شيء من ذلك ، وليستغفر الله تعالى .

وكذلك من أخرج نذره مخرج اليمين، فقال على المشى الى مكة ان كلمت فلانا ، أو على عتق خادمى فلانة ان كلمت فلانا أو زرت فلانا ، لا يلزم الوفاء به ولا كفارة فيه الا الاستغفار فقط (١) .

تعليق النذر على المشيئة : ومن قال فى النذر اللازم الا أن يشاء الله ، أو ان شاء الله ، أو الا ألا يشاء الله ، أو ذكر الارادة مكان المشيئة أو الا ان بدل الله ما فى نفسى ، أو الا أن يبدو لى ، أو نحو هذا من الاستثناء ، ووصله بكلامه فهو استثناء صحيح ، ولا يلزمه ما نذر (٢) .

٢ ــ عزل الوكيل ، ومثله الأمير والوالى والقاضى : يصح تعليق عزل الوكيل على الشرط ، مثل أن يقول له ، أو يكتب اليه ، أو يوصى اليه ، اذا بلغك رسولى فقد عزلتك ، فهذا صحيح ، لأن له أن يتصرف فى حقوق نفسه كما يشاء ، فاذا بلغه فقد صح عزله (٣) .

مذهب الزيدية :

تنقسم التصرفات من حيث قبولها التعليق وعدم قبولها فى المذهب الزيدى قسمين :

القسم الأول : تصرفات لا تقبل التعليق على الشرط ويندرج تحت هذا القسم التصرفات التالية :

(أ) المعاوضات :

١ ــ البيع : اذا علق البيع على شرط مستقبل فسد ، مثل أن يقول : بعت منك كذا ان جاء زيد ، أو اذا أعطيتنى الثمن فقد بعت منك كذا ، أو اذا جاء غد ونحو ذلك من الشروط .

أما اذا علقه على أمر ماض أو حال ، كما لو قال بعت منك هذا ان كان فى ملكى أو أن كنت ابن فلان .. فان انكشف حصول ذلك الشرط ثبت البيع والا بطل .

وكذا لو علق على مشيئة الله تعالى كما لو قال بعت منك هذا بكذا ان شاء الله تعالى لم يصح البيع الا اذا كان مضطرا لأن الله تعالى يشاؤه فى حالة

---

(١) المحلى ج ٨ ص ٢ ، ٣ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ٢٤ ــ ٢٥ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٢٤٦ .

الاضطرار ، فيكون حينئذ تعليقا على أمر موجود وحاصل بخلافه فى غير حالة الاضطرار[١] .

٢ — الاجارة : ومثلها المزارعة والمساقاة : لا يصح تعليق الاجارة على شرط مستقبل ، وذلك لأن التعليق يؤدى الى الغرر ، فأشبه بيع الطير فى الهواء [٢] .

وتعتبر المزارعة والمغارسة والمساقاة نوعا من الاجارة فلا يصح تعليقها كالاجارة .

٣ — النكاح : اذا علق النكاح على شرط مستقبل فسد ، كما لو قال زوجتك ان جاء فلان غدا ، أو أن شفى الله مريضى .

الا أنه اذا علقه على أمر ماض أو حال فانه لا يفسد ، كما لو قال : زوجتك بنتى ان كنت قرشيا ، أو اذا كان قد حصل كذا ، ونحو ذلك ، فاذا ظهر أنه قرشى ، أو أنه حصل كذا ، كان الزواج صحيحا [٣] .

(ب) التبرعات :

١ — الهبة : لا يصح تعليق الهبة على شرط مستقبل قياسا على البيع[٤] .

(ج) الاقرار : لا يصح تعليق الاقرار على شرط مستقبل ، فلو قال : ان جاءنى فلان فعلى له كذا ، فان الاقرار لا يصح ، وكذا لو قال : ان شاء فلان أو ان شاء الله تعالى ، أو ان هبت الريح .

أما ان علق الاقرار على الموت ، فان عرف أن قصده الايصاء ، فانه لا تبطل فائدة اللفظ بالكلية ، بل يكون ذلك اللفظ وصية ، نحو أن يقول : على لفلان كذا ان مت ، أما اذا لم يظهر من قصده الايصاء فانه لا يصح[٥] .

القسم الثانى : تصرفات تقبل التعليق على الشرط : ويندرج تحت هذا القسم التصرفات التالية :

(أ) من التمليكات :

١ — الابراء : يصح تعليق الابراء على الشرط ولو كان الشرط مجهولا لم يعلم وقت حصوله نحو : ان هبت الريح ، أو وقع المطر أو نحو ذلك ، فيتعلق الابراء به مطلقا سواء تعلقت به أغراض الناس ، نحو اذا كان الدياس ، أو وصلت القافلة ، أم لم يتعلق به غرض ، نحو أن نهق الحمار ، أو نعب الغراب ، أو نحو ذلك فانه يصح تقييد الابراء به .

كما يصح تقييد[٦] الابراء بعوض مشروط كأبرأتك ان وهبت لى كذا ، فان

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٦٥ والمنتزع المختار ج ٣ ص ٥٧ .
(٢) التاج المذهب ج ٣ ص ٧٤ ، ص ١٣٤ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٠ .
(٤) نفس المرجع ج ٣ ص ٢٧٠ ، ٢٧١ هامش .

(٥) التاج المذهب ج ٤ ص ٥٦ .
(٦) التاج المذهب ج ٤ ص ١٦٦ .

حصــل ذلك صــح الابــراء ، ولا رجــوع للمبــرىء .

وكذلك يصــح تعليــق الصــلح ــ الذى يكون بمعنــى الابــراء ــ على الشرط ولــو كــان مجهــولا ، كالابــراء المحض ، كأن يقــول صــالحتك عن المــائة درهم التــى بذمتــك بخمســين ان عجلتهــا الى ، أو ان جــاء زيــد غــدا فقد صــالحتك بكــذا ، أو اذا جــاء غد فقــد صــالحتك بــكذا ، أو نحــو ذلك[١] .

٢ ــ الوقف : يصــح تعليــق الوقف على الشرط ، مثــل ان يقــول : وقفت هــذه الدار ان شــفى الله مريضى ، أو أن جــاء زيــد ، فاذا تحقــق الشرط صــح الوقف والا بأن لم يشــف المريــض ولم يقـــدم زيــد لم يوجــد الوقف وكذا لو علقــه علــى مشيئة اللــه تعــالى لأن مشــيئته جــل شــأنه حاصــلة ، لأنه يشــاء القربة الا أن يكــون عليــه ديــن مطالب بــه ، أو هو مضــطر الى البيــع لأمــر هــام ، كالانفــاق لــه ولعــائلته أو للتزويج الذى يخشى من تركه الوقــوع فى معصــية ، فلا يصــح الوقف ، لعــدم حصــول شرطه ، وهو مشــيئة الله تعــالى ، ما لم يكن الشرط محظــورا نحــو ان شربت الخمــر فقد وقفت دارى هــذه فلا يصــح الوقف ، لأن ذلك يدل علــى عدم القــربة .

ولو قــال وقفت هــذا ان كان فى علم الله

أن أولادى يكونـــون صـــالحين[٢] . أو لا يحتاجون أو لا أحتاج أنا الى بيعه ، صح الوقف ويتوقف نفــوذه على حصول الشرط .

٣ ــ الوصــية : يصــح تعليقهــا علــى الشرط فاذا قــال : « اذا ثبت فــلان علــى الاســلام ، أو طلب العــلم » ، أو علــى ترك طلاق فلانة أو على طــاعة فلان . . فأعطوه كــذا ، فان عرف قصــد الموصى أنــه أراد الاســتمرار علــى ذلك أو جــرى عرف بــه لم يســتحق الموصى له الموصى به الا اذا اســتمر علــى ذلك الى موته (الموصى له) ويســلم له بعــد موت الموصى ، والعبــرة بالانكشـــاف ، فــان لــم يثبــت (علــى ما اشترطه) ضــمن .

وان لم يعــرف للموصى قصــد ، ولا جرى عــرف فى موضــع الثبــوت على الاستمرار ، فالوضــع اللغــوى يقتــضى اســـتحقاق الموصى له ذلك الشىء ، لثبــوته عليه ، ولو لم يثبــت الا ســاعة بعد مــوت الموصى ، فان ذلك كاف فى اســتحقاق الوصــية[٣] .

(ب) الخلــع يصــح الخلــع معلقــا : كأن يقــول نحــو اذا أبرأتنى فأنت طالق ، فانهــا تطلــق بالابراء مــع تعيين المبــرأ منــه ، وهــكذا ان ومتــى أو أى أدوات الشرط . وكأن يقــول طلاقك ابراؤك[٤] .

(١) التاج المذهب ج ٤ ص ١٧١ .

(٢) التاج المذهب ج ٣ ص ٣٠١ ، ص٣٠٢، ص ٣٣٢ .
(٣) المرجع السابق ج ٤ ص ٣٧٨ .
(٤) التاج المذهب ج ٢ ص ١٧٩ ــ ١٨١ .

(جـ) الولايات : ومنهـا :

١ ــ الوكالـة : تصـح الوكالـة معلقـة بمجيء وقت نحـو أن يقـول وكلتـك من وقت كـذا .

وتصـح أيضـا مشروطة بغـير وقت نحو اذا جـاء زيـد فقـد وكلتـك[1] .

٢ ــ الوصـاية : تصـح الوصـاية مؤقتة بمجهـول ومعـلوم ، ومشروطة ومطلقـة كالوكالة .

فالمجهـول كمـا لو قـال أوصـيت اليك الى أن يبلـغ ابنى فـلان ، أو يقـدم من سـفره ، فاذا بلـغ أو قـدم من سـفره فهـو الوصى .

والمعـلوم كأن يقـول : أوصـيت اليـك سـنة وبعـدها وصـيى فـلان ، صـحت الوصـاية فى ذلك كلـه ، لصـحة دخـول الجهـالة اليهـا .

وتصـح أيضـا مسـتقبلة ومسلسـلة كأوصـيت الى فـلان فـان فسـق فالى فـلان[2] .

٣ ــ المضـاربة : يصـح تعليقهـا علـى الشرط كمـا لو قـال : اذا قـدم فلان فقد ضـاربتك ، فاذا تحقـق الشرط وجـدت المضـاربة .

ويصـح أيضـا أن يأمـره ببيـع العروض ثم يضـارب نفسـه فى ثمنهـا ، قـال فى الكواكب : نحـو أن يقـول ضاربتك فى ثمن هـذا متى بعتـه .

وكـذا لو قـال متى بعته فقـد ضـاربتك فى ثمنـه أو يقـول متى بعتـه ضـاربت نفسـك فى ثمنـه ، ولا يشـترط بيـان قدر الثمن[3] .

٤ ــ الشركـة : يصـح تعليقهـا علـى الشرط ، كمـا لو قـال : ان جـاء زيـد فقد شـاركتك ، فاذا تحقـق الشرط وجـدت الشركة والا لم توجـد[4] .

(د) الاسـقاطات :

١ ، ٢ : الطـلاق والعتق : يصـح تعليقهما على الشرط ، فلـو قـال ان لم أتـزوج فأنت طـالق ، أو اذا دخلت الـدار فأنت حـر .. صـح التعليق ووقع الطـلاق أو العتق عنـد تحقـق الشرط[5]

(هـ) الايـلاء : يصـح تعليق الايـلاء على الشرط ، فلو أقسـم لا وطىء زوجتـه أربعـة أشـهر ان دخلـت الـدار ، فانهـا متى دخـلت الـدار ، وهى زوجته غـير مطلقـة ولا مفسـوخة ــ صـار موليـا .

وكـذا لو علـق الايـلاء بمشـيئة زيـد وقـع الايـلاء ان شـاء زيد فى المجلس أو فى مجلس بلـوغ الخبـر .

(١) التاج المذهب ج ٤ ص ١٢٠ .
(٢) نفس المرجع ج ٤ ض ٢٨٦ .

(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ١٥١ ــ ١٥٢ .
(٤) التاج المذهب ج ٣ ص ١٨٣ ــ ١٨٤ .
(٥) التاج المذهب ج ٢ ص ١٣٥ ، ج ٣ ص ٣٨٢ ، ص ٣٨٦ .

فأما لو علقه بمشيئة الله تعالى لم يكن موليا ، لأن الوطء مباح لا يشاء الله فعله ، ولا تركه الا حيث كان يضره الوطء أو يضرها فى غير البكارة ، فانه يقع ، لأن الله لا يشاء الامتناع منه الا اذا أضر ، وكان المولى يظن استمرار المضرة أربعة أشهر فصاعدا ، فلو زال الظن قبل الأربعة فقد وقع الايلاء بالظن الأول[1] ..

(و) الالتزامات :

١ — الكفالة : يصح تعلق الكفالة على الشرط مطلقا ولو كان مجهولا ، فلو قال : اذا جاء خالد أو اذا هبت الريح ، أو جاء المطر ، فقد كفلت لك بدينك صحت الكفالة ، فاذا تحقق الشرط وجدت والا لم توجد[2] .

وكذا تصح لو شرط المشترى كفيلا فى الثمن ان استحق المبيع سواء كان الكفيل معينا أم غير معين[3] .

ويصح ضمان ما سيثبت من الحقوق سواء كان ثبوته فى المستقبل بمعاملة أم بدعوى .

فالأول : نحو ما بايعت من فلان فأنا ضامن بذلك فان الضمانة تصح فى الثمن المعتاد لا ما زاد ، وما أقرضته فأنا ضامن بذلك .

والثانى نحو ما صح لك على فلان بدعواك فأنا ضامن لك به ، فان الضمانة تصح وتلزم اذا ثبتت بالبينة والحكم ان علم الحاكم لا بالنكول والاقرار ورد اليمين ، ومن قال لغيره تزوج أو طلق وعلى المهر وما لزمك واحنث ، وعلى الكفارة أو ما لزمك واشتر ، وعلى الثمن ، أو ما لزمك أو وأنا ضامن لك ، أو وألزمت نفسى بما لزمك ، فكل هذا وما أشبهه يصح عند الزيدية ، وان لم يكن البائع معلوما ، لأن الضمان للمشترى وهو معلوم ويصح الضمان فى الثمن والمهر بقدر المعتاد لا ما زاد ، ولذا يسمى ضمان الدرك ، حيث يضمن له ما لزمه وما وجب عليه[4] .

٢ — التحريضات : يصح تعليقها على الشرط فلو قال الامام : من قتل قتيلا فله سلبه ، صح ذلك ، وكان السلب للقاتل .

وكذا اذا خص شخصا معينا كما لو قال لأحد الجنود ان قتلت فلانا فلك سلبه ، صح ، وكان السلب له اذا قتله[5] .

٣ — النذر : يصح تعليق النذر ، فلو قال : اذا قدم ابنى من السفر ، أو شفى الله مريضى فبقرتى صدقة ، أو نحو ذلك صح ولزمه الوفاء بالنذر ، اذا تحقق الشرط[6] .

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٢٥٧ .
(٢) التاج المذهب ج ٤ ص ١٤١ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧١ .
(٤) التاج المذهب ج ٤ ص ١٤٦ — ١٤٨ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٤٣٧ .
(٦) نفس المرجع ج ٤ ص ٤٨ .

٤ ــ الرهن : يصــح تعليقــه على الشرط ، فلو قــال : ان لم آتك بدينـك ليــوم كــذا فقــد رهنتــك هــذا ، انعقــد الرهن عند حصـول الشرط ، ولابد من تجـديد القبض ليخــرج من الأمانـــة الى الرهن[1] .

(ز) التقييــدات : الرجعــة : يصـــح تعليــق الرجعــة علــى الشرط كأن يقــول المطلــق والعــدة باقيــة ، اذا جــاء زيد فقــد راجعتــك أو نحــو ذلك من الشروط ، ســواء كان الشرط حاليــا أو مســـتقبلا أو ماضــيا ، نحــو من دخلــت دارى منكن فقــد راجعتهــا .

وكــذا يصــح اضــافتها الى وقت كــآن يقــول اذا جــاء غد فقــد راجعتك فلا يثبت حكمهــا الا من فجــر غــد .

مذهب الاماميــة :

تنقســم التصرفات مــن حيــث قبولهــا التعليــق وعــدم قبولهــا الى قســمين :

القســم الأول : تصرفات لا تقبــل التعليق علــى الشرط ، وينــدرج تحت هــذا القسم التصرفات الآتيــة :

(أ) المعاوضــات :

١ ــ البيع : لا يجوز تعليــق البيــع على شرط مســتقبل ، فلو قال ان فعــلت كذا فقد بعتــك هــذا الثوب لم يصح[2] .

٢ ــ الاجــارة : وكــذا لا يجــوز تعليق الاجــارة .

جــاء فى مفتــاح الكرامة « وان استأجره مــدة شــهر بــدرهم ، فان زاد فبحســابه فالأقــرب البطــلان .. يعنى اذا قــال له آجرتك الــدار شــهرا مثلا من الآن ، فان زدت عن الشـــهر فبحســابه ، فان الأقرب عنــد المصــنف صــحة الاجــارة فى الشهر وبطلانهــا فى الزيــادة ، ويلزم فيهــا أجرة المثــل ، وهــو المختــار لصــاحب السرائــر والتــذكرة .

أمــا الصــحة فى الشــهر فلأن كلا من العوضــين وهو الشـــهر والدرهم ، معلوم . وأما البطــلان فى الزيــادة فلاشــتمالها علــى الجهــالة والتعليــق .

واختــير البطــلان فى الأمــرين معــا فى الايضــاح وجامع المقاصــد ، لأن فســاد الشرط يســتلزم فســاد العقد ، كما تحرر فى محــله ، ولأن العوضــين هما ما اقتضاهما العقــد والشرط من جملتــه[3] .

٣ ــ النــكاح : لا يجــوز تعليــق النكاح عــلى شرط مســتقبل ، لأنــه يشــترط فى صــيغة هــذا العقــد أن تكون منجــزة فلو كانت معلقة لا يصــح العقــد لانتفــاء الجــزم بسبب التعليــق[4] .

(ب) التبرعــات : ومنهــا :

١ ــ الوقف : لا يصــح تعليــق الوقف على

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٢٢٧ .
(٢) تذكرة الفقهاء ج ٧ ص ٤١ ــ ٤٢ .
(٣) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ١١٣ .
(٤) قواعد الأحكام للحلي ج ٢ ص ٤ .

شرط مستقبل فلو علقه بطل ، الا أن يكون الأمر الذى علق عليه الوقف واقعا فعلا ، والواقف عالم بوقوعه كقوله : وقفت هذه الدار ان كان اليوم هو يوم الجمعه [١] .

٢ ـ الهبة : والهبة مثل الوقف فى عدم صحة تعليقها [٢] .

(ج) الالتزامات :

١ ـ الكفالة والضمان والحوالة : لايصح عند الامامية تعليق أى من هذه العقود على الشرط ، ألا أنه يصح عندهم ضمان الدرك ، فاذا قال : ان استحق المبيع فأنا ضامن لثمنه ، أو أن ظهر به عيب فأنا ضامن لأرش العيب.صح الضمان ، فاذا تحقق الشرط وجد الضمان والا لم يوجد [٣] .

ومن الصور الصحيحة التى وردت فى المذهب من أنه يصح بذل الفدية من الزوجة ومن وكيلها وممن يضمنه فى ذمته باذنها ، فيقول للزوج : طلق زوجتك على مائة وعلى ضمانها ، وقد يشكل هذا بأنه ضمان ما لم يجب ، لكن قد وقع مثله صحيحا فيما لو قال راكب البحر لذى متاع ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه [٤] .

(د) الوكالة : لا يصح تعليق الوكالة على شرط مستقبل أو صفة مرتقبة ، كما لو قال : ان قدم فلان فقد وكلتك ، وذلك لأنه يشترط فى الوكالة التنجيز .

أما لو علقها على صفة واقعة كما لو قال : وكلتك ان طلعت الشمس هذا اليوم ، وقد طلعت حين العقد فانه يصح العقد [٥] .

(هـ) الاسقاطات :

١ ـ الطلاق : لا يصح عند الامامية تعليق الطلاق على شرط مستقبل مطلقا ، كما لا يجوز تعليقه على المشيئة .

جاء فى المختصر [٦] النافع ويشترط تجريده أى الطلاق عن الشرط والصفة ، فلو قال لزوجته ان قدم فلان من سفره أو ان دخلت الدار أو أن طلعت الشمس فأنت طالق ، لم يقع الطلاق .

الا أن يكون الشرط معلوم الوقوع له حال صدور صيغة الطلاق كما لو قال أنت طالق ان كان الطلاق يقع بك ، وهو يعلم وقوعه على الأقوى لأنه حينئذ غير معلق [٧] .

٢ ـ الظهار : ولا يقع الظهار الا منجزا غير معلق على شرط ولا صفة [٨] كقدوم زيد وطلوع شمس ، كما لا يقع الطلاق معلقا اجماعا .

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ٢٦١ .
(٢) قواعد الاحكام ج ١ ص ٣٤٧ .
(٣) الروضة البهية ج ١ ص ٣٦٤ .
(٤) الروضة البهية ج ٢ ص ١٦١ .
(٥) نفس المرجع ج ٢ ص ١٥
(٦) المختصر النافع ص ٢٢٢ .
(٧) الروضة البهية ج ٢ ص ١٤٨ .
(٨) نفس المرجع ج ٢ ص ١٧٠ .

وانما كان الظهـار مثـل الطلاق لقـول الصـادق : لا يكون الظهـار الا على مثـل موقــع الطــلاق •

ولرواية القسـم بن محمـد قال : قلت لأبى الحسـن الرضـا انى ظاهـرت مـن امرأتى ، فقـال لى : كيـف قلت ؟ قـال : قلت : أنت علـى كظهـر أمى ان فعـلت كـذا وكـذا ، فقـال : لا شىء عليـك ولا تعـد •

وقيـل ، والقـائل الشـيخ الطـوسى وجمـاعة : يصـح تعليقـه علـى الشرط وهـو ما يجـوز وقوعه فى الحـال وعدمه كدخول الـدار ، لا على الصـفة وهى ما لا يقـع فى الحـال قطعا ، بل فى المسـتقبل كانقضـاء الشهر وهـو قوى ، لرواية جرير الصـحيحة عن الصـادق قـال « الظهـار ظهاران : فأحدهمـا أن يقـول : أنت علـى كظهر أمى ثم يسـكت فذلك الـذى يـكفر قبل أن يواقـع ، فاذا قـال : أنت علـى كظهر أمى ان فعلت كـذا وكـذا ففعل وجبت عليـه الـكفارة حين يحنث » •

ولروايـة عبـد الرحمـن بن الحجـاج الصـحيحة عنه ، فخـرج الشرط عن المنـع بهمـا ، وبقى غـيره على أصـل المنـع •

وأما أخبـار المنـع من التعليق مطلقـا فضـعيفة جـدا لا تعارض الصـحيح مع امـكان حملها على اختـلال بعض الشروط غـير الصيغة كسـماع الشاهدين[(١)] •

٣ ــ الايـلاء : ولابـد من تجـريد الايلاء عن الشرط والصـفة علـى أشـهر القولين ، لأصـالة عـدم الوقـوع فى غـير المتفـق عليـه وهو المجـرد عنهما •

وقـال الشـيخ فى المبسـوط والعـلامة فى المختلف : يقـع معلقـا عليهمـا لعمـوم القــرآن السـالم عن المعارضـة •

ولا يقـع الايـلاء لو جعـله يمينا كأن يقـول : ان فعلت كـذا فوالله لا جامعتـك قاصدا تحقيـق الفعـل على تقـدير المخالفة زجـرا لهـا عمـا علقه عليـه ، وبهـذا يمتـاز عن الشرط مع اشـتراكهما فى مطلق التعليـق ، فانه لا يريد من الشرط الا مجرد التعليق لا التزام فى المعلق عليـه ويتميزان أيضـا بأن الشرط أعم من فعلهما واليمـين لا تكون معلقـة الا بفعلها أو فعـله ، وعـدم وقـوعه يمينـا بعد اعتبـار تجـريده عن الشرط واختصـاص الحـلف بالله تعـالى واضـح •

وكـذلك لا يقـع لو حـلف بالطـلاق أو العتـاق ، بأن قال : ان وطئتك ففـلانة ــ احدى زوجاته ــ طالق ، أو عبـده حـر ، لأنه يمين بغـير الله تعـالى[(٢)] •

٤ ــ العتـق : ولا يجـوز أيضـا تعليق العتـق علـى الشرط ، كمـا لو قـال : أنت حـر ان فعلـت كـذا ، أو اذا طلعـت الشمس ، الا فى التدبـير ، فانـه يجـوز أن يعلق بالموت لا بغـيره ، والا فى النذر ،

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١٧٠ •

(٢) الروضة البهية ج ٢ ص ١٧٧

حيث لا يفتقر الى صيغة ان قلنا به نعم لو نذر عتق عبده عند شرط سائغ انعقد النذر ، وانعتق مع وجود الشرط ان كانت الصيغة أنه ان كان كذا ، من الشروط السائغة ، فعبدى حر ، ووجب عتقه ان قال : فلله على أن أعتقه .

والمطابق للعبارة الأول ، لأنه العتق المعلق لا الثانى فانه الاعتاق .

ومثله القول فيما اذا نذر أن يكون ماله صدقة أو لزيد أو أن يتصدق به أو يعطيه لزيد ، فانه ينتقل عن ملكه بحصول الشرط فى الأول ، ويصير ملكا لزيد قهريا ، بخلاف الأخير فانه لا يزول ملكه به وانما يجب أن يتصدق أو يعطى زيدا فان لم يفعل بقى على ملكه وان حنث[1] .

٥ ـ التدبير : وشرط صيغة التدبير التنجيز ، فلو علقها بشرط أو صفة ، كان فعلت كذا ، أو طلعت الشمس فأنت حر بعد وفاتى بطل التدبير ، وأن يعلق بعد الوفاة بلا فصل ، فلو قال أنت حر بعد وفاتى بسنة مثلا ، بطل .

وقيل : يصح فيهما ، ويكون فى الثانى وصية بعتقه وهو شاذ [٢] .

(و) الاقرار : لا يصح تعليق الاقرار على الشرط أيضا حتى ولو كان على المشيئة ، فلو قال : فى ذمتى كذا ان شاء الله تعالى ، أو قال ان شاء محمد ، أو ان شئت بطل الاقرار ان اتصل الشرط به ، لأن الاقرار اخبار جازم عن حق لازم سابق على وقت الصيغة ، فالتعليق ينافيه ، لانتفاء الجزم فى المعلق الا أن يقصد فى التعليق على مشيئة الله تعالى التبرك ، فان قصد ذلك صح ، ولا يضره التعليق .

ولو علقه بشهادة الغير ، فقال ان شهد فلان على بكذا ، فهو صادق ، أو فهو صدق ، أو حق أو لازم لذمتى ونحوه فالأقرب البطلان[٣] .

القسم الثانى : تصرفات يصح تعليقها على الشرط : ويندرج تحت هذا القسم ما يأتى :

(أ) الوصية : يصح تعليق الوصية على شرط مستقبل ، فلو قال : افعلوا بعد وفاتى فى سنة كذا كذا ، أو بعد وفاتى فى سفر كذا صح ، فان تحقق الشرط تمت الوصية ، والا لم توجد وتبطل لاختصاصها بمحل القيد [٤] .

(ب) الايصاء : جاء فى الروضة البهية[٥] . وتصح الوصية الى الصبى منضما الى كامل لكن لا يتصرف الصبى حتى يكمل فينفرد الكامل قبله ، ثم يشتركان فيها مجتمعين، نعم لو شرط عدم تصرف الكامل الى أن يبلغ الصبى اتبع شرطه ،

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١٩٢ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٠٢ .
(٣) الروضة البهية ج ٢ ص ٢١٤ .
(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٤ .
(٥) الروضة البهية ج ٢ ص ٦٠ .

(جـ) النذر : يصـح تعـليق النذر على شرط مستقبل ، ويلزم أن يكـون الشرط الذى علـق عليـه النذر سـائغا أى مشروعـا ان قصـد بالجـزاء الشكر كقـوله أن حججت أو رزقت ولـدا ، أو ملكت كذا فلله على كذا من أبواب الطاعـة وان قصـد الزجـر عن فعله اشترط كونه معصـية أو مباحا راجحا فيه المنع ، كقـوله : ان زنيت أو بعت دارى مع مرجوحيته ـ فلله على كـذا ـ ولو قصـد فى الأول الزجـر ،وفى الثانى الشكر ، لم ينعقد ، والمثـال واحـد ، وانما الفارق القصـد •

ولو انتفى القصـد فى القسمين لم ينعقد ، لفقـد الشرط ، وهـو قصـد الشـكر فى[1] الأول والزجـر فى الثانى •

مـذهب الاباضية :

تنقسم التصرفات من حيث قبولهـا التعليق على الشرط وعـدم قبولهـا الى قسمين •

القسم الأول : تصرفات لا تقبل التعليق على الشرط : ويندرج تحت هـذا القسم المعاوضات والاقرار والمضاربة •

ـ المعاوضات : ومنها •

١ ـ البيع : الراجح فى المـذهب أن البيع لا يقبل التعليق على الشرط ، فلو قـال : بعتك هـذا الشىء ان رضى فـلان ، أو ان شـاء الله تعـالى ، أو ان أصبت المعونة فانـه لا يصـح البيع لأنـه لا يدرى هـل يتحـقق الشرط أولا يتحـقق فيفسد للجهالة وفى قول مرجوح لا يفسد[2] •

وقـد منع هـذا الرأى الشيخ ، لأنه بيع وشرط غير معـلوم •

٢ ـ عقد النكاح : جـاء فى شرح النيل[3] : والتحـقيق عندى أنه ان قال : رضيت ان رضى فلان ، أو ان كان كـذا ، أو رضيت على شرط رضى فـلان ، أو رضيت بشرط أن يرضى فـلان ، أو نحـو ذلك مـن أدوات التعليق والاتصـال لم يلزم •

وأما ان قـال رضيت وأشاور فـلانا فانه لازم •

وان علـق الى من لا يمـكن منه الرضى كميت وبهيمة وجمـاد جازفى حينـه ، وكذا فى الولى والمرأة •

وان قـال قبلت ان فعـلت كـذا أو فعلت كـذا أو كان كـذا لم يجـز •

وقيل جـاز وبطـل الشرط •

وان علـق لبلوغ طفـل أو مجنون ، علق لبلـوغ أو افاقـة •

وان قـال ان شـاء الله أو ان أصبت المعـونة أو نحـو ذلك فقولان •

(١) المختصر النافع ص ٢٤٧ طبعة ١٩٥٨ ويراجع الروضة البهية .

(٢) شرح النيل ج ٤ ص ١٢٠ ، ص ٧٧ .
(٣) شرح النيل ج ٣ ص ١٦٣ ـ ١٦٤ .

(ب) الاقرار : لا يجـوز تعليق الاقرار على الشرط فلـــو قال : لك على كـذا ان قـدم فـلان أو نزل المطر ، أو ان قـال فـلان انه على ، أو ان دخـل هـذا البيت أحـد لا يصـح الاقـرار ، ولا يلزمـه شيء(١) .

(ج) المضاربة : للمذهب فى تعليق المضاربة رأيان .

أحـدهما : المنع .

والثانى الجـواز .

فقـد جـاء فى شرح(٢) . النيل : ويمنع تجـويز أمـر من أمـر انسانا بقبض دين على أن يضارب بـه ذلك الانســان اذا قبضه بجـزء معـلوم من الربـح ، لأنه حين كلفــه القبض لذلك الدين صارت له فى ذلك منفعـة ، وكل منفعــة اشترطها رب المال على المضارب غير سهمه مـن الربح ، فانهـا تصيرمـا انعقـد عليه القـراض مجهولا ، فكأنه قارض على رأس مـال مجهـول ، وذلك لأن المقارض قـد استحـق فى الحقيقة شيئا مـن ذلك المـال الذى قبضــه من الأجنبى فى نظير سيره وقبضه ، كـذا قيل .

ويبحث فيه عندى بأن رب المـال انما أراد أن يكـون القـراض منعقـدا بعـد القبض فليس عنـاؤه فى القبض داخـلا فى القراض بل خـارج عنه انمـا ينعقد بعده وانمـا يسـتحق الأجـرة فى ذمـة صـاحب المـال لو استحقها ـــ والآن لا يستحقها ، بـل تبرع بعنائـه فان قبض اسـتأنف من حين قبضه ، والا لم يطالب بعنائـه ، وأولى فى التعليـل من ذلك أن يقال : أن القراض ينعقد بين اثنين كالبيع ، وأمر صـاحبه بالقبض على القـراض ليس اعطاء لـه على القراض ، لأنـه حينئذ فى ذمة فاذا كان فى يـد صـاحبه أو مأمـوره بالقبض فليعقـد القـراض حينئذ .

وقيل بجـواز ذلك كمـا هـو ظاهـر كلام الديوان .

ونصه(٣) يجـوز القـراض بـكل ما كان أصـله أمـانة من الدراهم والدنانير عند ذلك المقارض أو عند غيره مـن الناس اذا علم وزنها ولا يجـوز القـراض بالدين ولا بكل ما كان مضمونا بيد أحـد من النـاس ووجه امتناع تصيير ما بالذمـة قراضـا قبل قبضه مخافـة أن يكون قـد أعسر وهـو يريـد أن يؤخـره عنـه على أنه يـزيده فيـه فيكـون ربا .

وفى التاج مـن قال اقبض لى مـالى على فـلان وضـارب به فقبضه وعمل به جازله وكان وكيلا فى قبضه مؤتمنا فيه .

قـال أبو سعيد ،هذا كالوديعة وفيهـا خـلاف .

(١) نفس المرجع ج ٧ ص ١٤٦ .
(٢) شرح النيل ج ٥ ص ٢١٣ .
(٣) شرح النيل ج ٥ ص ٢١٢ .

فقيل لا تجـوز المضاربة بها حتى يقبضها ربهـا أو يدفعهـا بسبيل المضاربة •

وقيل ، تجـوز لأنهـا غير مضمونة •

ومن دفـع لأحـد متاعا يبيعـه ويضارب بثمنه جـاز لـه •

وقيل ، لا ، والربح لربه ، وللمضارب عناؤه ــ أجر مثله ــ لجهل الثمن[1] •

القسم الثانى : تصرفات تقبل التعليق على الشرط : ويندرج تحت هـذا القسم التبرعات والولايـات والتوثيقـات والتقييـدات والاسـقاطات :

(أ) التبرعات : الهبة : جـاء فى شرح النيل : وان قـالت خـذ هـذا المـال كى تتزوجنى أو تطلقنى ، أو على الا تطلقنى أولا تتزوج على ، أو على أن تتزوج على أو تتسرى ، أو على ألا تتسرى ، أو على أن تبيع سريتك ، أو تعزل عنها •• فلـه أخذه ، لأن ذلك فعله جـائز لـه وملك له لا حـرام عليه ولا فرض عليه ، فجـاز له أخـذ الأجـرة عليه وهو هبة له معـلقة الى فعل ما شرطت عليه ، فان نقض ما شرطت عليه لزمـه الرد والصداق ، أما الرد ففى الكل وأما الصـداق ففى غـير الأولى ، لأنه لم يتزوجهـا فـلا صـداق لها فضـلا عن أن يرده •

والظاهـر أنه ان شرطت التزوج فتزوجها ، ثم طلقهـا لزمـه الرد أيضـا ، لأنه قـد علم أن مـرادها أن يمسكهـا ويتبين تركه مـا شرطت عليه بفوات الوقت ان وقتا وبفوات الامكان ، والا فبقيامه من المجلس غـير فاعل لـمـا يمكن فعـله[2] ••

وجـاء فى شرح النيل أيضـا : وما علق أى من الهبـة الى شرط أو سـبب أو وقت السبب فهـو الى ما علـق اليـه[3] •

(ب) الولايات وتشمل :

١ ــ الوصـايـة : جـاء فى شـرح النيـل وجـاز تعليـق اسـتخلافه لشىء معـلوم أو مجهـول كسنة أو نزول مطر أو بلوغ أحـد أو افاقته مـن جنون أو قدومـه من سفر مثلا ــ فاذا تحـقق الشرط أصبح وصيا والا لم يصبح[4] •

٢ ــ الوكالة والامـارة : يجـوز تعليق الوكالة وكـذا الامارة على الشرط •

فقـد جـاء فى شرح النيل[5] • فمن وكل أو استخلف أو أمر طفلا أو مجنونـا أو مشركا على شراء شىء له اذا بلغ أو أفاق أو أسلم المشرك فيما لا يجـوز له شراؤه لنفسه بسبب شركه كشراء المصحف والعبد •• ففى جوازه قولان •

الجـواز اعتبـارا للحالة المترقبة التى يجوز فيهـا الفعـل لأنه علق اليهـا •

والمنع اعتبارا للحالة الحـاضرة التى لا يجـوز فيهـا الفعـل •

(١) نفس المرجع ج ٥ ص ٢١٤ •

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ١٢٧ •
(٣) شرح النيل ج ٦ ص ٦٢ •
(٤) شرح النيل ج ٦ ص ٤٤١ •
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٦٩٥ ــ ٦٩٧ •

والصـــحيح عنـــدى الأول لأنه لم يقطـــع بالتوكيل فى حال لا يجوز الفعل فيهـــا ، فضلا عن أن يحتـــاج الى تجـــديده بعـــد فى حال جواز الفعل ، بل علقـــه الى حال الجواز فهو كسائر العقود المقيدة والشروط المجوزة .

ولا يعكر أنه لا طـــلاق ولا عتـــاق قبـــل ملك لاختلاف ما بين المسألتين ، لأن مســـألتنا صورتهـــا اذا وقع بلوغ مثلا فافعـــل كذا ، فهى أقوى ، لأنهـــا توكيل بفعـــل مســـتأنف بعـــد حالة الجـــواز ومســـألة الطلاق والعتاق بكلام سبقها ، لا بكلام يقع بعد الملك .

وفى الديوان ما نصـــه : وأما ان قال للطفـــل : استخلفتك اذا بلغت أو وكلتـــك اذا بلغت أن تشـــترى لى كـــذا وكـــذا ، أو أن تبيـــع لى هـــذا الشىء ، أو قال لمجنـــون أيضـــا اســـتخلفتك ، أو وكلتك اذا أفقت أن تشـــترى لى كـــذا وكـــذا ، أو قال للمشـــرك استخلفتك أو وكلتك اذا أســـلمت أن تشترى لى كذا وكذا أو أن تبيع لى كـــذا وكـــذا أو قال ذلك للعبـــد اذا أعتقت فإن هـــذا كـــله جائز .

ثم قال : ومنهـــم من يقـــول : اذا وكل الطفـــل الى بلوغـــه ، والمجنـــون الى افاقته والعبـــد الى حريتـــه والمشرك الى اســـلامه فلا تجـــوز هـــذه الوكالة والخطـــاب والغيبة فى ذلك ســـواء مثل أن يقـــول للطفـــل وكلتك أن تشـــترى لى كـــذا اذا بلغت أو وكلت فلانا أن يشـــترى لى كذا اذا بلـــغ أو ان يقول : اذا بلغت فقـــد وكلتك أن تشـــترى لى كذا ، أو اذا بلـــغ فلان فقـــد وكلته أن يشـــترى لى كذا ، وكذا ســـائر التعليقـــات فى وقت يجوز فيه الفعل الى وقت بعـــد وقت لا يجـــوز فيه ، أو فى وقت لا يجـــوز فيـــه الى وقت يجـــوز مثل أن يقـــول وقـــد أذن لظهر الجمعة أو لما يؤذن اذا صـــليت الجمعة فقـــد وكلتك أن تشـــترى لى كذا ، أو وكلتك أن تشـــترى لى كذا اذا صـــليتها .

وكذا المكان مثل : اذا خرجت من المســـجد فقـــد وكلتك الخ ، أو وكلتك أن تفعـــل اذا خرجت منـــه وكذلك جاء فى شرح النيـــل : أنه لو عقـــدت الامارة لشـــخص الدفاع عن الوطن ان جاء العـــدو ، فانهـــا تصـــح فاذا قدم العدو أصبح أميرا[1] .

(جـ) التوثيقات ومنها : الحمالة والكفالة : يجـــوز تعليقهما على الشرط .

فقد جاء فى شرح النيل[2] : ما يفيـــد أن الحميل يبرأ من الحمالة ان وقتهـــا الى وقت معين عند حصول ذلك الوقت مثـــل أن يقول: ان بينت مقـــدار الحـــق الى وقت كـــذا أو جئت ببيـــان علـــى أن لك عليـــه كـــذا فأنا حميـــل لك عنـــه أو يقـــول أن جئتنى قبـــل وقت كذا للقبض أعطيتـــك عنـــه ، فان تحقق ذلك لزمت الكفالة ، والا فلا .

وكذلك تلزم الحمالة ان قال للمحمول له : ان لم يعطك فلان مالك الى أجـــل كذا ، أو أن جاء وقت كذا ولم يعطك فأنا حميـــل لك به

(١) المرجع السابق ج ٧ ص ٣٧٣ .
(٢) شرح النيل ج ٣ ص ٧٥٩ — ٦٦٠ .

ولم يعطه عنـد الأجـل ، وكذلك لم يعطـه قبله فله أن يستمسك بالحميل ليعطيه •

وكذا لو قال له : ما كان لك على فـلان فقـد تحملته عنـه ان رضى فـلان ، يعنى فلانا الآخـر غير المحمول عنـه • وكـذا ان رضى فـلان المحمـول عنـه أو ان قـدم اليـوم فلان ، أو ان بقى مالى الى وقت كـذا ، أو ان دخلت الدار ، وكـذا ان كان المعلق عليه منفيـا مثل ان لم يقـدم فلان ، أو ان لم يرض فـلان ، الذى هـو غـير المحمـول عنـه ، أو ان لم يدخـل فـلان الدار ، فوقـع ما شرط وقوعـه وانتـفى ما شرط انتفاءه •

وفى اجـازة تعليق الحمـالة الى مجهـول قولان ، كمـا لو علقهـا على حصـد زرع ونزول مطر وقدوم مسافر •

ففى أحـد القولين تثبت الحمـالة لأنهـا عهـد معقـود بين أناس كعقد البيع ، والعقد يجب الوفاء به سـواء أكان فيه الجهـل أو العـلم اذا لميكن معصـية ولأنهـا تـبرع ولايجب أن يكون ما هـو كذلك معـلوما ، ولأن ذلك شىء ألزمه نفسـه فلزمه ، وقـد قـال جابر بن زيد : من ألزم شـيئا لنفسـه ألزمناه له ، ولقوله صـلى الله عليـه وسـلم : « المؤمنـون على شروطهم الا شرطا أحـل حـراما أو حـرم حـلالا » ، وهـذا كالشرط بل أقـوى ، ولأنه صـلى الله عليه وسـلم قـال : الزعيم غارم ، ولم يشـترط فى غرامته أن يكون معـلوما فى نفسـه ولا فى أجـله ان أجل كما اشترط ذلك فى البيع •

والقـول الثـانى : المنـع ، لأن فيهـا طرفا من الشـبه بالبيع وهـو لو اشـترى مجهـولا ، أو الى أجـل مجهـول ، ثم علم لا يلزمه بعلمـه [١] •

ولاتصح الحمالة فى الدرك عند الاستحقاق، كأن يشـترى الانسـان شـيئا فيخـاف أن يكون لغير بايعه فيحتمل له آخر بأن يعطيه مثله أو قيمته ان ظهـر أنه لغير بائعـه ، أو الدرك فى رد بعيب كأن يشـترى شـيئا ويحتمل له آخـر بأنه ان ظهر معيبـا غـرم له الأرش أو المثـل ، أو رد له الثمن ، أو يتحمـل للبـائع بأنه ان رد اليـه بعيب أو طولب بالأرش غـرم الأرش أو أخـذ الشىء ورد الثمن من عنده •

ووجـه ذلك أن المسـتحق والمعيب ليس حقـا للمحمـول له الذى هـو المشـترى ولا المعيب حقا للبائع ، وجـوزت فى المستحق ان لم تـكن على رد الشىء بعينه عن مستحقه فى مسـألة الاسـتحقاق ، بأن كانت على رد المثـل أو القيمة وان كانت على رد المثلى بعينه فى الاستحقاق لم تجز •

وعن جابر شـيخ أبى عبيـدة اجازتهـا على رد الشىء بعينـه فى الاستحقاق[٢] •

(د) التقييدات : ومنها :

١ — عـزل الوصى : أجاز المذهب تعليق عـزل الوصى على الشرط ، فلو قال : أوصيت اليك الى أن يبلغ فلان أو أن ينزل المطـر ،

(١) شرح النيل ج ٤ ص ٦٦١ .
(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٦٥٧ — ٦٥٨ .

أو يقـدم فـلان من السـفر ، فان حـدث ما علق عليه عزل الوصى : انتهت الوصـاية ، والا لم تنتـه (١) .

٢ ـ عزل الأمـير كمـا أجـاز المذهب تعليق عـزل الأمير على الشـرط ، فلـو عقـد الامـام الولاية لشخص على الجيش الى أن يصـل بالجيش الى بلـدة كذا ، أو الى أن يجىء فـلان من السـفر أو مـا بقى فـلان فى عسـكر المبغى عليهم فانـه يبقى قـائدا وأميرا ما لـم يتحقق الشـرط ، فاذا تحقق ما علق عليه زوال ولايته كأن وصل الى البلـدة أو قـدم فـلان من السـفر أو لم يبق فـلان فى عسـكر المبغى عليهم زالت ولايتـه بلا حـاجة الى اصـدار أمـر بنزعـه منهـا (٢) .

(هـ) الاسقاطات : ومنهـا :

١ ـ الطـلاق : يصـح عنـد الاباضـية تعـليق الطـلاق على الشرط ، فلـو قـال لزوجتـه : ان كلمت فلانا فأنت طـالق صـح وتطـلق عنـد تحقق الشـرط (٣) .

٢ ـ العتق : كمـا يجـوز فى المذهب تعليق العتق على الشرط فاذا قـال لعبـده : ان دخلت الدار أو ان شـاء فلان أو قـدم فلان أو حـدث كذا جـاز ، فاذا تحقق الشـرط أصـبح عبـده حـرا ، واذا لـم يتحقق ظـل رقيقـا (٤) .

(١) شرح النيل ج ٦ ص ٤٧٠ .
(٢) شرح النيل ج ٧ ص ٣٧٣ .
(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ٦١٢ ـ ٤٦٢ .
(٤) شرح النيل ج ٦ ص ٣٤٢ .

حكم تقييد التصرفات بالشروط

مذهب الحنفية :

يقسـم المذهب الشـروط التى تقتـرن تقييـد التصرفـات ثلاثة أقسـام : شروطا صحيحة ، وأخـرى فاسـدة ، وثالثـة باطلة وقـد لا تفسـد ، ونوضح ذلك فيمـا يلى .

القسـم الأول : الشـروط الصـحيحة وهى :

١ ـ اشـتراط صـفة قـائمة بمحـل التصرف وقت صـدوره .

ومن أمثلتهـا فى عقـد البيـع ما جـاء فى بدائع الصـنائع « لو اشـترى جاريـة على أنهـا بكر أو طبـاخة أو خبـازة ، أو غلامـا على أنـه كاتب أو خيـاط ، أو بـاع عبـدا بألف درهم ، على أنها صحاح ، أو على أنهـا من جيـاد نقـد بيت المـال فالبيع جـائز ، لأن المشروط صـفة للمبيع أو الثمن ، صـفة محضـة لا يتصور انقلابهـا أصـلا ، وليس لهـا حصـة من الثمن ، ولو كان موجـودا عنـد العقـد يدخـل فيـه من غير تسـمية وهى مرغوب فيهـا لا على وجـه التلهى والمشروط اذا كان هـذا سبيله كان من مقتضـيات العقـد ، واشتراط مـا يقتضيه العقـد لا يوجب فساد العقد(٥) .

(٥) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٥ص ١٧٢ .

٢ ـ اشتراط ما يقتضيه العقد : الشـرط الذي يقتضـيه العقـد ، هو أن يشترط أحد المتعـاقدين أمرا يثبت بمطلق العقد ، كمـا لو شرط فى البيـع ملك المبيع للمشـترى وملك الثمن للبائع ، أو شرط تسـليم الثمـن أو المبيـع •

ومثله ما لو شـرط فى النـكاح تسـليم المهـر •

أو شرط فى الاجـارة أن يسـقى الأرض المسـتأجرة ويزرعهـا •

أو شـرط فى المزارعة السـقى والحفظ على العامل •

فان هـذه الشـروط تقتضيهـا هـذه العقـود ، فاشـتراطها تأكيد لموجب العقد، ولا يقـال : نهى النبى عليـه الصـلاة والسـلام عن بيـع وشرط وهـو باطلاقـه يقتضى عـدم جوازه [١] ، لأنـه فى الحقيقـة ليس بشـرط حيث أفـاد ما أفاده العقـد المطلق •

٣ ـ اشـتراط ما يلائم مقتضى العقد : الشرط الذى لا يقتضيه العقـد ولكنـه يلائم مقتضى العقـد ، لا يفسـد العقـد أيضـا، لأن هـذا الشرط مقرر لحـكم العقـد من حيث المعنى مؤكد ايـاه فيلحق بالشرط الذى هـو من مقتضـيات العقـد ، فـاذا بـاع على أن يعطيـه المشـترى بالثمن رهنـا أو كفيـلا والرهـن معلوم والكفيل حاضر فقبل، جـاز ذلك ، استحسانا •

والقيـاس يأبى الجـواز ، لأن الشرط الذى يخـالف مقتضى العقـد مفسـد فى الأصـل ، وشرط الرهـن والكفالة ممـا يخـالف مقتضى العقد ، فكان مفسدا •

الا أنـه جـائز استحسانا ، لأن هـذا الشرط لـو كان مخالفـا مقتضى العقـد صـورة ، فهـو مـوافق لـه معنـى ، لأن الرهـن بالثمـن شرع توثيقـا للثمن •

وكذا الكفالة فان حق البـائع فى الثـمن يتأكد بالرهـن والكفالة ، فـكان كل واحـد منهمـا مقـررا لمقتضى العقـد معنـى ، فأشـبه اشـتراط صـفة الجـودة للثمن ، واشـتراط ذلك لا يوجب فسـاد العقـد ، فكذا هـذا [٢] •

٤ ـ اشتراط ما ورد الشـرع بجـواز اشـتراطه : اذا اشـترط المتصرف أمـرا لا يقتضـيه العقد ولا يلائم مقتضـاه فانـه يكون صحيحا اذا ورد بـه الشرع •

ومن أمثلة هـذا النـوع اشتراط الأجل فى الثمن فان القيـاس يأبى جـواز التـأجيل أصـلا ، لأن اشـتراطه يـؤدى الى تغيـير مقتضى عقـد البيـع ، لأن عقـد البيـع يقتضى تمليك المبيـع فى مقـابل تمليك الثمن وتسـليم الثمن فى مقـابل تسـليم المبيع ، والتأجيل ينفى وجـوب التسـليم فى الحال، فكان مغيرا مقتضى العقـد ، فيكون مفسـدا للعقـد ، وهـذا ما يقضى به القياس •

---

(١) فتح القدير وبهامشه العناية حـ ٥ ص ٢١٤ ، ٢١٥ •

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٥ ص ١٧١

الا أن الشـــارع أبـــاح التأجيل نظـــرا لصاحب الأجـــل ، لضرورة العـــدم ترفيهـــا لـــه وتمكينـــا له من اكتســـاب الثمن فى مدة الأجـــل بقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه[1] » .

ومن أمثلتـــه أيضـــا شرط الخيـــار ثلاثة أيـــام فما دونهـــا ، فان هـــذا الشرط ليس بمفسد للعقـــد استحسانا ، لمـــا روى أن حبـــان بن منقذ كان يغبن فى التجارات فشكا أهله الى رســـول الله صلى الله عليه وســـلم فقال له : « اذا ابتعت فقل لا خلابـــة ، ولى الخيـــار ثلاثة أيـــام ، ولأن الحاجة ماســـة اليه لدفع الغبن والتدارك عند اعتراض الندم، وســـواء كان الشرط للعاقد ، أو لغيره ، بأن شرط الخيـــار لثالث عند أبى حنيفـــة وأبى يوســـف ومحمد .

وقال زفـــر لا يجوز شرط الخيـــار لغـــير العـــاقدين [2] .

٥ ـــ اشتراط ما جرى به التعامل : اذا اشـــترط المتصرف أمـــرا لا يقتضيه العقـــد ولا يلائم مقتضى العقـــد ، لكن للنـــاس فيه تعـــامل ، فالبيـــع جـــائز ، كمـــا اذا اشترى نعـــلا على أن يحـــذوه البـــائع ، أو جـــرابا على أن يخـــرزه له خفـــا ، أو ينعل خفه .

والقيـــاس ألا يجـــوز وهو قول زفر .

وجـــه القيـــاس أن هـــذا شرط لا يقتضيه العقـــد ، وفيه منفعـــة لأحـــد العـــاقدين، وأنـــه مفســـد ، كمـــا اذا اشترى ثوبـــا بشـــرط أن يخيط البـــائع له قميصـــا ونحو ذلك .

ووجـــه الجـــواز أن النـــاس تعاملوا هـــذا الشرط فى البيـــع كمـــا تعاملـــوا الاســـتصناع فســـقط القياس بتعامل الناس كما سقط فى الاستصناع [3] . وكاشـــتراط البراءة عن العيـــوب بمعنى براءة البـــائع من العيـــوب التى تســـتوجب الرد بخيـــار العيب على الوجـــه التالى ، فانه يجوز البيع، بشرط البراءة عن كل عيب سواء سمى العيوب وعددها أولا ، علمه البـــائع أو لـــم يعلمـــه وقف عليـــه المشترى أو لم يقف أشـــار اليه أولا موجودا كان عنـــد العقـــد والقبض أو حـــدث بعـــد العقـــد قبل القبض عند أبى حنيفـــة وأبى يوسف فى رواية .

وقـــال محمـــد لا يدخـــل الحـــادث قبل القبض وهـــو رواية عن أبى يوســـف وهـــو قـــول زفـــر .

وقـــال زفـــر اذا كان العيب مجهـــولا صـــح البيـــع وفســـد الشـــرط .

وجـــه الجـــواز أن الابـــراء اســـقاط لا تمليك والاســـقاط لا تبطله الجهـــالة [4] .

---

(١) الآية رقم ٢٨٢ سورة البقرة ويراجـــع بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٤ وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص١٧٤ وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٢ .

(٤) فتح القدير ج ٥ ص ١٨٢ طبعة مصطفى محمد .

ومنــه أيضــا بيع الثمــر على الشـــجر بعــد ظهــوره بشرط التــرك أو القطـــع ، فاذا بيــع الثمــر على الشــجر بعــد ظهوره أو بيــع الــزرع فى الأرض ، بشرط التــرك ، فلا يخلو اما أن يكون غير باد صـــلاحه بعد أن صـــار منتفعـــا به بوجه من الوجــوه ، أو يكون قــد بــدا صـــلاحه بأن صـــار منتفعـــا بـــه ، وكل ذلك لا يخلو امـــا أن يكون بشـــرط القطـــع ، أو مطلقـــا ، أو بشـــرط التــرك حتى يبلغ .

فان كان لــم يبــد صــلاحه فبــاع بشرط القطــع جــاز ، وعلى المشـــترى أن يقطــع للحــال ، وليس لــه أن يتــرك من غير اذن البـــائع .

ومن مشـــايخ المذهب من قال : لايجــوز بيعــه قبــل بدو صــلاحه .

وهــو خــلاف ظـاهر الروايـــة .

ولــو بــاع مطلقــا عن الشرط ، جـــاز أيضــــا ، وعليه قطعـــه ، لأن التــرك ليس بمشروط نصـــا ..

وان اشـــترى بشـــرط التـــرك فالعقـــد فاســـد لأنه شــرط لا يقتضـــيه العقـــد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد، ولا جــرى به التعـــارف بين النـــاس ، ومثل هـــذا الشرط مفســد للبيـــع ، ولأنـــه لا يتمكن من التـــرك الا باعـــارة الشـــجرة والأرض وهمـــا ملك البـــائع ، فصـــار بشرط التـــرك شـــارطا الاعـــارة ، فكان شـــرطه صـــفقة فى صفقة وهو منهى عنه هذا اذا لـــم يبد صـــلاحه ، وكذا يصـــح اذا بـــدا صلاحه فبـــاع بشـــرط القطـــع أو مطلقـــا .

فأمـــا اذا بـــاع بشـــــرط الترك فان لـــم يتنـــاه عظمـــه فالبيـــع فاســـد .

وكـــذا اذا تنـــاهى عظمـــه فالبيع فاســـد عنـــد أبى حنيفـــة وأبى يوسف .

وقـــال محمد : يجــوز استحسانا لتعـــارف النـــاس وتعـــاملهم ذلك ولهمـــا أن شـــرط التـــرك فيه منفعـــة للمشـــترى ولا يقتضـــيه العقـــد وليس بمـــلائم للعقـــد أيضا ، ومثل هذا الشـــرط يكون مفســـدا ، كمـــا اذا اشـــترى حنطـــة على أن يتركهـــا فى دار البائع شهرا [1] ولو اشـــترى ثمـــرة بـــدا صـــلاح بعضـــها دون بعض بـــأن أدرك البعض دون البعض — بشـــرط الترك فالبيـــع فاســـد على أصـــلهما ، لأنـــه لـــو كان أدرك الـــكل فاشـــتراها بشـــرط الترك ، فالبيـــع فاســـد عندهما فبادراك البعض أولى .

وأمـــا على أصـــل محمد ، وهـــو اختيـــار العـــادة ، فان كان البـــاقى متقـــاربا جـــاز ، لأن العـــادة فى الثمـــار الا يدرك الكل دفعـــة واحـــدة ، بل يتقـــدم البعض على البعض ، ويلحق بعضـــها بعضـــا فصـــار كأنه اشتراها بعد ادراك الكل ، ولو كان كذلك لصـــح الشراء عنـــده بشـــرط الترك كذا هـــذا ، وان كـــان يتـــأخر ادراك البعض عـــن البعض تأخـــيرا فاحشـــا كالعنب ونحـــوه — يجـــوز البيـــع

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣ .

فيمـا أدرك و لايجـوز فيمـا لا يدرك ، لأنه عنـد التـأخر الفاحش يلتحقـان بجنسـين مختلفين[١] •

القسـم الثـانى : الشـروط الفاسـدة : ويندرج تحت هـذا النوع الشروط الآتيـة :

١ — اشتراط ما يؤدى الى غرر غير يسير: اذا اشـترط المتصرف أمـرا فى المعقـود عليه لا يمكن الوقـوف على حقيقته عنـد التعـاقد كان الشـرط فاسدا ، والبيع اذا اقتـرن بهذا الشرط كان فاسدا وذلك كما لو اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن الحمـل لا يمكن الوقوف عليه للحـال ، لأن عظم البطـن والتحـرك يحتمـل أن يكون لعـارض داء أو غيره فكان فى وجوده غـرر فيوجب فسـاد البيع ، لمـا روى عن رسـول الله صـلى الله عليه وسـلم أنه نهى عن بيـع وغرر ، والمنهى عنه فاسد •

وروى الحسـن عن أبى حنيفـة رضى الله عنهمـا أن البيـع بهـذا الشـرط جـائز لأن كونهـا حاملا بمنزله كون العبد كاتبـا أو خياطـا ونحو ذلك وذا جـائز • فكذا هـذا •

وكذا لـو اشـترى ناقة وهى حـامل على أنهـا تضـع حملها الى شهر أو شـهرين ، لأن فى وجـود هـذا الشـرط غـررا • أو اشـترى بقـرة على أنهـا تحلب كذا وكذا رطلا[٢] •

٢ — اشتراط أمر محظور : ولـو اشترى قمرية على أنهـا تصـوت أو طيرا على أنـه يجىء من مكان بعيـد ، أو كبشـا على أنـه نطـاح ، أو ديـكا على أنه مقاتل ، فالبيـع فاسـد عند أبى حنيفة •

وهـو احـدى الروايتين عن محمد •

لأنه شـرط فيه غـرر ، والوقـوف عليـه غير ممكن لأن الحيوان لا يمكن جبره على مـا شرط فصـار كشرط الحبـل ، ولأن هـذه صـفات يتلهى بهـا عـادة والتلهـى محظور فكان هـذا شرطـا محظورا ، فيوجب فساد البيـع •

وروى عن محمـد أنـه اذا بـاع قمريـة على أنها تصـوت فاذا صوتت جـاز البيع ، لأنهـا لمـا صـوتت علـم أنهـا مصـوتة فلم يتحقق غـرر العـدم •

ولو اشـترى جـارية على أنهـا مغنية على سـبيل الرغبـة فيهـا فالبيع فاسـد ، لأن التغنية صـفة محظورة لكونهـا لهوا فشرطها فى البيع يوجب فسـاده •

ولـو اشـتراها على أنهـا مغنيـة على وجه اظهار العيب جاز البيـع لأن هـذا بيع بشـرط البراءة عن هـذا العيب فصـار كمـا لو باعهـا بشـرط البراءة عـن عيب آخـر فان وجدهـا لا تغنى لا خيـار له لأن الغناء فى الجـوارى عيب فصـار كمـا لو اشـترى على أنه معيب فوجـده سليما[٣] •

٣ — اشتراط أمر لا يقتضـيه العقد وفيه منفعـة لأحـد المتعاقدين ، أو للمعقـود عليه

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣ — ١٧٤.
(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٨ — ١٦٩.
(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٩ .

ان كان آدميـا ، وليس بملائم لمقتضى العقد ولا مما جـرى به التعـامل بين الناس ، ولا ورد الشـرع بجوازه .

والعقـود عند اقترانهـا بهذا الشـرط نوعـان .

عقـود تفسـد عند اقترانها به .

وعقـود تصـح ويسقط الشرط .

العقـود التى يفسـدها هـذا الشـرط .

١ ــ البيع : اذا اقترن البيع بهـذا الشرط فسـد كمـا لو بـاع دارا على أن يسـكنها البائع شـهرا ثم يسـلمها اليه أو أرضـا على ان يزرعهـا سـنة أو دابة على أن يركبها شـهرا أو ثوبـا على أن يلبسـه أسـبوعا، أو على أن يقرضـه المشـترى قرضـا ، أو على أن يهب لـه هبة أو يـزوج ابنته منـه، أو يبيع منـه كذا ونحـو ذلك أو اشـترى ثوبـا على أن يخيطـه البـائع قميصـا أو حنطـة على أن يطحنهـا أو شـيئا له حمـل ومؤنة على أن يحمله البائع الى منزله ونحـو ذلك فالبيـع فى هذا كله فاسـد ، لأن زيادة منفعـة مشروطة فى البيـع تكون ربـا ، لأنهـا زيـادة لا يقابلها عـوض فى عقـد البيـع وهو تفسـير الربـا والبيع الذى فيه الربا فاسد أو فيـه شبهة الربا مفسدة كحقيقة الربـا ، وكذا لو بـاع جارية على أن يدبرهـا المشـترى أو على أن يسـتولدها فالبيع فاسد لأنـه شـرط فيه منفعـة للمبيع وأنـه مفسـد ، وكـذا لو باعهـا بشرط أن يعتقهـا فالبيـع فاسـد فى ظـاهر الروايـة لنهيـه عليـه الصـلاة والسـلام عن بيـع وشرط [١] .

وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن اشـتراط العتق جائز فى البيع لحـديث بريرة رضى الله عنهـا ، فقـد جـاءت الى السـيدة عائشـة رضى الله عنها تستعينها فى كتابتهـا قالت : ان شـئت عددتهـا لأهلك وأعتقك فرضيت بذلك فاشـترتها وأعتقتهـا ، وانمـا اشـترتها بشرط العتق وقد أجـاز ذلك رسـول الله صلى الله عليه وسلم لها ولأن الشـراء بشرط العتـق متعـارف بين الناس لأن بيع العبـد نسمة متعـارف فى الوصـايا وغيرهـا [٢] .

٢ ــ القسـمة : لمـا كانت القسـمة فيها معنى المبـادلة كانت كالبيع تبطـل بالشروط الفاسـدة .

فـاذا اقتسـم الشريكان ما يملـكانه على أن لأحـدهما الصـامت (العقار) وللآخـر العـروض ، أو على أن يشـترى أحدهمـا من الآخـر داره بألف ، أو على شرط هبـة أو صـدقة [٣] ... تفسـد القسـمة .

أمـا لو اقتسـما على ان يزيده شـيئا معلوما فهـو جـائز كالبيـع وكـذا علـى ان يـرد أحدهمـا على الآخـر دراهم مسماة، لأنه شـرط صـحيح .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٩ ــ ١٧٠ وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٤ .
(٢) المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١٥ .
(٣) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٤٦ .

٣ ــ الاجــارة : وتفسـد الاجـارة أيضا بالشروط الفاسـدة كما لـو آجـر داره على أن يقرضـه المسـتأجر أو يهـدى اليه أو استأجر حـانوتا بكذا على أن يعمـره ويحسب ما أنفقـه من الأجـرة فعليـه أجـر المثـل ولـه ما أنفق وأجـر مثـل قيامه عليه(١) .

٤ ــ المزارعة والمساقاة : يفسـد هـذان العقـدان أيضـا بالشروط الفاسـدة لأنهمـا اجـارة فيكونان معـاوضـة مـال بمـال فيفسـدان بالشرط الفاسد .. كمـا لو قال زارعتك أرضى أو سـاقيتك كـرمى على ان تقرضنى ألفـا ، وكذلك تفسـد المزارعـة اذا اشـترط فيها أن تكون مؤنـة العـامل على رب الأرض سـواء كانت من الـدراهم أو الطعـام (٢) .

٥ ــ الأجازة : والمراد بهـا اجازة عقـد هـو مبادلة مال بمـال ، فاذا بـاع فضولى عبد شـخص ، فقـال : هـذا الشخص أجـزته بشرط أن تقرضـنى او تهـدى الى كذا فسـدت الأجـازة (٣) . لانهـا بيـع معنى .

٦ ــ الصـلح عن مـال بمـال : أو عن مـال بمنفعـة وكذلك يفسـد هـذا الصـلح اذا اقترن بشرط فاسـد ، كمـا لـو قال : صـالحتك على أن تسـكننى فى الدار سـنة لأنه معارضـة مـال بمنفعـة فيـكون اجـارة (٤) .

٧ ــ الابـراء عن الدين : يفسـد الابراء عن الـدين اذا اقتـرن بشرط فاسـد ، لأنـه تمليك من وجـه حتى يرتد بالـرد وان كان فيـه معنى الاسـقاط فيـكون معتبـرا بالتمليكات كمـا لو قـال : أبـرأتك عن دينى على أن تخدمنى شـهرا ، أو قـال ابرأت ذمتـك بشـرط ان لى الخيـار فى رد الابراء وتصحيحـه فى أى وقت شـئت فالابـراء باطـل (٥) .

٨ ــ التصرفـات التى لا تفسـد بالشروط الفاسـدة بل تصـح وتبطل الشروط .

كل تصرف لا يكون الغـرض منـه مبادلة مـال بمال لا يفسـد بالشرط الفاسد وانمـا يسـقط الشرط ويصـح التصرف وذلك لأن الشروط الفاسـدة من باب الربـا ، والربـا انمـا يكون فى المعـاوضات المـالية لا غير ، لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض،وحقيقة الشروط الفاسدة هى زيـادة مالا يقتضـيه العقـد ولا يلائمه فيكون فيها فضـل خـال عن العـوض وهو الربـا ، ولا يتصـور ذلك فى المعاوضات غير المـالية ولا فى التبرعات بل يفسـد الشـرط ويصـح التصرف (٦) .

(١) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٧ .
(٢) رد المحتار على الدر المختـار ج ٤ ص ٣٥١ ــ ٣٥٢ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٧ .

(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٨ وفتح القدير ج ٧ص ٢٧ ــ ٢٩ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٩ .
(٦) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٤٥ .

ومن هذه التصرفات : —

١ — النكاح : لا يبطل عقــد النــكاح اذا اقترن بشرط فاسد ، فاذا تزوج امرأة على ألف على ألا يخرجهــا من البلدة ، أو على الا يتزوج عليهــا اخــرى ، او لا يتسرى عليهــا ، أو على أن يطلق ضرتهــا فالنــكاح صــحيح ، والشرط فاسـد ، لأن فيه المنــع عن الأمــر المشروع ، فان وفى بالشرط فلهــــا المهـــر المسمى ، لأنه سمى لهــا ما صلح مهــرا وقد تم رضــاها به وان لــم يوف به فلهـــــا مهــر مثلهــا اذا كان مهــر مثلهــا أكثر من المســمى ، لأنه ســمى مالها فيه نفع ، فعنــد فواته ينعــدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها، كمــا فى تســمية الكرامة ، بأن شرط لهــــا مع الألف أن يكرمهــا ، ولا يكلفهــا الأعمــال الشــاقة وما تتعب به وكمــا لو ســمى الهدية مع الألف بأن يرســل اليها مع الألف الثيــاب الفــــاخرة • فان كان مهــر مثلهــا قـــدر المسمى أو أقل لا تستحق شــيئا آخــر [١] •

واذا زوج الرجــل بنتــه على أن يزوجــه الآخــــر بنتــه أو أختـــه ليكون احـــد العقــدين عوضــا عن الآخــر — أى صداقا فيــه — فالعقدان جائزان ، ولكل منهمــا مهر المثل ، ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار (أنظر مصطلح شغار) وذلك لأن كلا منهما سمى مالا يصــلح صداقا وكل ماكان كذلك صح العقــد فيه ، وبطل الشرط ، ووجب مهــر المثل ، كما اذا ســمى الخمر والخنزير وذلك لأن النــكاح لا تبطله الشروط الفاســدة [٢] •

واذا تــزوج امرأة ، واشـــترط ألا مهــر لهــا أو تزوجها على ألف على أن تــرد اليــه ألفا ، صــح النــكاح وبطل الشرط ، ولهــا مهر مثلهــا ان دخــل بهــا أو مــات عنهــا ، ولو طلقهــا قبــل الدخــول بهــا فلهــا المتعة (انظر مصطلح متعة [٣]) واذا قال تزوجتك على أنى بالخيــار يجوز النكاح ، ولا يصــح الخيـــــار ، لأنــه ما علق النــكاح بالشرط بل عقــد النكاح وشرط الخيــار [٤] •

٣ — الخلــع : لا يبطــل الخلــع بالشروط الفاسدة ، فــاذا قال : خالعتــك على أن لى الخيــار مدة يراهــا ، بطل الشرط ، ووقــع الطــلاق ، ووجب المــــال ، وأمــا اشتراط الخيار لهــا فصحيح عند الامام [٥] •

٤ — القــــرض : لا يبطــل القــــرض بالشروط الفاسدة فلو قال : أقرضــتك هـــذه المائــة بشرط أن تخــدمنى سنة أو بشرط او توفينى فى العــراق فســد الشـــرط وصــح القــرض [٦] •

٥ — الهبــة والصــدقة : لا تبطل الهبــة وكذا الصــدقة بالشروط الفاســدة ، فلو وهب

(١) فتح القــدير ج ٢ ص ٤٥٨ — ٤٥٩ والعناية هامش فتح القدير ج ٢ ص ٤٥٨ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٩ — ٤٥٠ .
(٣) فتح القدير ٢ ص ٤٤٠ — ورد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٤) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٦) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .

جارية لشخص على ان يردها عليه ، أو على أن يعتقها او ان يتخذها ام ولد، أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها ، أو يعوضه شيئا منها ، فالهبة جائزة والشرط باطل ، لأن هذه الشروط فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد ، لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط الرد عليه أو الاعتاق أو غير ذلك فمقيد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

وأصل ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر فى رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له [١] .

٦ ـ الوقف : لا يبطل الوقف اذا اقترن بشرط فاسد مالم يترتب على الشرط نقض العقد من أصله :

جاء فى فتح القدير ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف أرضا على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط [٢] ..

كما جاء فى العناية ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا اخرى تكون وقفا مكانه ـ اذا شاء ذلك جاز عند أبى يوسف كما هو مذهبه فى التوسع فى الوقف .

وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل ، لأن هذا الشرط لا يؤثر فى المنع من زواله ، والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأيد فى أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا فى نفسه ، كالمسجد اذا شرط الاستبدال به ، أو شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم ، فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله [٣] .

ونقل ابن عابدين فى رد المحتار على الدر المختار عن الاسعاف أنه لو وقف أرضه على ان له أصلها أو على ألا يزول ملكه عنها أو على أن يبيع اصلها ويتصدق بثمنها كان الوقف باطلا ، ويمكن التوفيق بينه وبين ما ذكر قبله بأن الشرط الفاسد لا يبطل عقد التبرع اذا لم يكن موجبه نقض العقد من أصله فان اشتراط أن تبقى رقبة الأرض له أو ألا يزول ملكه عنها ، أو أن يبيعها بلا استبدال نقض للوقف [٤] .

٧ ـ الوصية : اذا اقترنت الوصية بشرط فاسد صحت الوصية وبطل الشرط [٥] .

٨ ـ الوصاية : وكذلك الوصاية لا تفسد بالشرط الفاسد ، فاذا قال الموصى لشخص

(١) العناية هامش فتح القدير ج ٧ ص ١٤١
(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٦٠ .

(٣) العناية هامش فتح القدير ج ٥ ص ٥٨ .
(٤) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ ـ ٣٣٥ .

جعلتك وصيا بشـرط أن تتـزوج ابنتى كانت الوصـية صحيحة وبطل الشرط [١] •

٩ ــ القضاء والامارة : لا يبطل القضـاء والامارة بالشــرط الفاسد ، كمـا لـو قـال الامــام لشخص : وليتك بلدة كذا مؤبدا ، لأن قوله مؤبـدا شرط فاسـد ، لأن التوليـة لا تقتضى التأبيـد ، لأنـه ينعزل بعـارض جنون أو عزل أو نحـوه ، ومثله وليتك على الا تعـزل أبدا ، أو على ألا تركب ، كما مثل به فى البحر ــ وقـال : فهـذا الشـرط فاسـد ولا تبطل امرته بهـذا [٢] •

١٠ ــ الوكالة : لا تبطـل الـوكالة بالشرط الفاسـد أى شرط كان ، فلو قال : وكلتك على أن تبرئنى ممـا لك على ، بطل الشرط وصحت الوكـالة [٣] •

١١ ــ المضـاربة (انظر مصطلح مضاربة) لا تبطل المضـاربة بالشروط الفاسـدة ، ما لم يؤد الشرط الى اختـلال مقصـود العقـد ، فاذا اشـترط الوضيعة على رب المال أو عليهما دون اقتطاعها من الربح ، صحـت المضاربة ، وبطـل الشـــرط ، لأنـه لـم يـوجب الجهـالة فى الربح ، والجهـالة فيه تؤدى الى فسـاد العقـد والوضيعة اسـم لجزء هالك من المال ولا يجـوز أن يلزم غير رب المـال[٤] ، وكـذا لـو شرط نفقـة السـفر على المضـارب بطل الشـرط وجـازت المضـاربة لمخـالفة الشـرط لمقتضى العقـد (بزازية)•

وفيهـا : ولو شـرط من الربـح عشرة دراهم فسـدت ، لأنـه شرط يـؤدى الى قطع الشـركة ولو دفـع اليـه ألفـا على أن يدفع رب المـال للمضـارب أرضـا يزرعهـا سـنة ، أو دارا للسـكنى بطل الشـرط وجـازت ، ولـو شـرط ذلك على المضـارب لرب المـال فسـدت لأنـه جعل نصـف الربح عوضا عن عمله وأجـرة الدار [٥] •

١٢ ــ الشـركة : (انظر مصطلح شركة) جـاء فى البزازية : الشـركة تبطـل ببعض الشروط الفاسـدة دون بعض ، حتـى لـو شرط التفاضـل فى الوضـيعة لا تبطل وتبطل باشـتراط عشرة لأحدهمـا •

وفيهـا : لو شرط صـاحب الألف العمـل على صـاحب الألفين والربح نصـفين ، لـم يجـز الشرط ، والربح بينهمـا أثلاثا •

أمـا لو لم يشرط العمل على أفضلهما مـالا بل تبرع بـه ، فأجـاب فى البحـر بأن شرط الربح صـحيح لأن التبـرع ليس من قبيـل الشرط [٦] •

١٣ ، ١٤ ــ الكفالة : والحوالة : لا يبطـل هـذان العقـدان بالشرط الفاسـد ، فلو قال: كفلت غريمك على ان تقرضنى كـذا ، أو أحلتك على فـلان بشـرط ألا ترجـع على عنـد التـوى ، تصـح ويبطل الشـرط •• الا اذا شرط المحال على المحـال عليـه أن يعطيـه المـال المحـال به من ثمـن دار المحيـل ،

(١) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٥ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٦ .
(٤) العناية هامش فتح القدير ج ٧ ص ٦٢

(٥) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٥
(٦) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٥ .

فانهـا تفســـد لعـدم قدرته على الوفـاء بالملتزم .

قال فى البزازية : بخـلاف مـا اذا التـزم المحتـال عليـه الاعطـاء من ثمن دار نفسه، لأنــه قـادر علـى بيـع دار نفســـه لكنه لا يجبر على ذلك كمـا اذا كـان قبولها بشـرط الاعطـاء عنـد الحصاد لا يجبر على الأداء قبـل الأجـل [١] .

١٥ ــ الرهن : لا يبطـل الـرهن بالشرط الفاسـد ، فلو قال رهنتـك عبـدى بشـرط أن استخدمه ، أو على أن الرهن ان ضاع ضاع بلا شىء ، أو ان لم أوف متاعك لك ، الى كـذا فالرهـن لك بمالك ، بطـل الشرط ، وصـح الرهـن [٢] .

١٦ ــ الاقالة : لا تبطـل الاقـالة بالشرط الفاسـد ، فلو تقايلا على أن يكون الثمن أكثر من الأول ، أو أقل ، صحت ولغـا الشـرط لأنهـا لا تفسـد بالشرط الفاسـد [٣] .

١٧ ــ الطلاق : لا يبطل الطلاق اذا اقترن بشـرط فاسـد ، فلو قـال : طلقتك على ألا تتزوجـى غيرى ، بطـل الشـرط ووقـع الطـلاق [٤] .

١٨ ــ العتق : لا يبطـل العتـق بالشرط الفاسـد ، فلو قال أعتقتك على أنى بالخيـار صـح العتق وبطل الشـرط ولو أعتـق أمة على ألا تتزوج ، عتقت وبطـل الشرط [٥] .

١٩ ــ الكتـابة : لا تبطل الكتابة بالشروط الفاسـدة الا اذا أخـلت بمقصـود العقـد بأن تمـكن الشرط فى صـلب العقـد وكان داخـلا فى أحـد البدلين .

جـاء فى العناية « فان شرط عليـه ألا يخرج من الكوفة فله أن يخـرج استحسانـا ، لأن هـذا الشـرط مخالف لمقتضى عقـد الكتابة ، لأن مقتضـاه مالكية اليـد على جهـة الاسـتبداد وثبوت الاختصـاص بنفســه ومنافعــه لحصـول ما هـو المقصود بالعقد، وذلك قد يكـون بالضرب فى الأرض والتقييـد بمكان ينافيـه ، والشـرط المخـالف لمقتضى العقـد باطل ، فهـذا الشـرط باطل ، وصـح العقد ، لأن الشـرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقـد ، وهـو أن يدخل فى أحـد البدلين ، كما اذا قال ، كاتبتك علـى أن تخـدمنى مدة أو زمانـا ، والشرط المتقدم ليس كذلك ، لأنــه لا شرط فى بدل الكتابة ولا فيمـا يقابله فلا تفسـد به الـكتابة [٦] ، وهـذا التفصيل راجـع الى أن الكتابة تشبه البيـع من حيث المعـاوضة ، وعـدم صحتهما بلا بدل واحتمالهما الفسـخ قبـل الأداء ، وتشبه النكاح من حيث انهـا معـاوضة مال بغـير مـال ، فعملنـا بالشـبهين فقلنـا ببطـلان الشـرط وصـحة العقـد اذا لـم

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٦ .
(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٧ .
(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٤ .

(٥) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٤ .
(٦) العناية هامش فتح القـدير ج ٧ ص ٢٤٣ ــ ٢٤٤ .

يتمكن فى صلب العقد أى لم يكن داخلا فى أحد البدلين عملا بشبه النكاح ، وببطلان العقد ، اذا تمكن فى صلبه عملا بشبه البيع .

٢٠ — الاذن للعبد فى التجارة (انظر مصطلح اذن) وهذا التصرف لا يفسده الشرط الفاسد أيضا ، فلو قال لعبده أذنت لك فى التجارة على أن تتجر الى شهر أو على أن تتجر فى كذا فان الاذن يكون عاما فى التجارات والأوقات ، ويبطل الشرط [1] .

٢١ — الصلح عن دم العمد وعن الجراحة التى فيها القصاص وكذا الابراء عنه (انظر مصطلح صلح) هذه التصرفات لا تفسد بالشرط أيضا .

فاذا صالح ولى المقتول عمدا القاتل على شىء بشرط أن يقرضه أو يهدى اليه شيئا، فالصلح صحيح والشرط فاسد ، ويسقط الدم ، لأنه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط ...

وكذلك الابراء عن الدم فان الولى اذا قال للقاتل عمدا أبرأت ذمتك على ألا تقيم فى هذا البلد مثلا — أو صالح معه عليه ، صح الابراء والصلح ولا يعتبر الشرط .

أما الصلح عن دم الخطأ أو عن

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٧ .

الجراحة التى فيها الأرش ، فانه من القسم الذى يفسد بالشرط الفاسد ، لأن موجب ذلك المال ، فكان مبادلة مال بمال، وليس اسقاطا [2] .

(٢٢) عقد الذمة : اذا فتح الامام بلدة وأقر أهلها على املاكهم وشرطوا معه فى عقد الذمة ألا يعطوا الجزية بطريق الاهانة كما هو المشروع ، فالعقد صحيح والشرط باطل [3] .

(٢٣) عزل القاضى : اذا قال الامام للقاضى عزلتك على أن أوليك فى بلدة كذا ، انعزل وبطل الشرط ، لأنه ليس معاوضة مالية[4] .

(٢٤) دعوة الولد : اذا ادعى شخص نسب ولد وقيد دعواه بشرط فاسد ، بطل الشرط وثبت نسبه منه ، كما اذا ادعاه بشرط رضا زوجته .

وقد صور ذلك أيضا فى ايضاح الكرمانى — كما نقله ابن عابدين — بأن ادعى نسب أحد التوأمين بشرط ألا تكون نسبة الآخر منه ، أو ادعى نسب ولد بشرط ألا يرث منه يثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث ويبطل الشرط ، لأنهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر لما عرف ، وشرط الا يرث شرط فاسد ، لمخالفته الشرع والنسب لا يفسد به [5] .

(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٧ — ٣٥٨ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٨ .
(٤) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ص ٣٥٨ .
(٥) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٧ .

(٢٥) الاقرار : جاء فى الدر أن الاقرار مما يبطل بالشرط الفاسد .

ولكن علق على ذلك ابن عابدين فى حاشيته بقوله نعم فى كون الاقرار مما يبطل بالشرط الفاسد نظر ، لأنه ليس من المعاوضات المالية ولم أر من صرح ببطلانه به [١] .

٢ـ شروط باطلة لا تبطل التصرفات جميعها : وضابط هذا النوع من الشروط كل شرط لا يقتضيه العقد ، ولا يلائم مقتضاه ، ولم يرد شرع ولا عرف بجوازه ، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق اذا اقترن بالعقد ، كان العقد صحيحا والشرط باطلا .

ومن أمثلته ما جاء فى بدائع الصنائع : اذا باع ثوبا على الا يبيعه المشترى أو لا يهبه أو دابة على ألا يبيعها أو يهبها أو طعاما على أن يأكله ولا يبيعه ــ ذكر فى المزارعة ما يدل على جواز البيع فانه قال لو شرط أحد المزارعين فى المزارعة على الآخر ألا يبيع نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل .

وهكذا روى الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله .

وفى الاملاء عن أبى يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد .

ووجهه أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ولا جرى به التعارف بين الناس فيكون مفسدا ، كما فى سائر الشروط المفسدة .

والصحيح ما ذكر فى المزارعة ، لأن هذا الشرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب الفساد ، وهذا لأن فساد البيع فى مثل هذه الشروط لتضمنها الربا ، وذلك بزيادة منفعة مشروطة فى العقد لا يقابلها عوض ، ولم يوجد فى هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد ، الا أنه شرط فاسد فى نفسه ، لكنه لا يؤثر فى العقد فالعقد جائز والشرط باطل [٢] .

شرط فيه مضرة :

جاء فى البدائع : ولو باع ثوبا على أن يحرقه المشترى ، أو دارا على أن يخربها فالبيع جائز والشرط باطل لأن شرط المضرة لا يؤثر فى البيع [٣] .

ولو باع جاريته على ألا يطأها المشترى فالبيع فاسد ، والشرط باطل عند أبى يوسف .

وعند محمد البيع جائز والشرط باطل .

ولو باع بشرط أن يطأها جاز البيع والشرط فى قولهم جميعا .

وروى عن أبى حنيفة أن البيع فاسد فى الموضعين جميعا .

وجه قول محمد : أن هذا شرط لا منفعة

---

(١) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٥٢ .

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٧٠ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٠ .

فيــه لأحد فلا يؤثر فى فساد البيع كما لو باع ما سوى الرقيق على ألا يبيع أو لا يهب الا أنه نوع مضرة للمشترى فكان باطلا والبيع صحيحا .

وجــه قول أبى يوســف أن هــذا شرط يخالف مقتضى العقــد ، لأن حــل الوطء أمر يقتضــيه العقــد ، وهــذا الشرط ينفيــه بخــلاف ما اذا بــاع بشرط أن يطــأها لأن ذلك شرط يقــرر مقتضى العقــد ، لأن اباحة الوطء ممــا يقتضــيه العقــد .

ولأبى حنيفة رحمه الله على ما روى عنــه أن شرط الوطء مما لا يقتضيه العقــد أيضا ، بل ينفيه ، لأن البيع يقتضى الحل لا الاستحقاق وقضية الشرط الاستحقاق واللزوم وهما مما لا يقتضــيه العقد بل ينفيــه[1] .

مذهب المالــكية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة وهى :

١ ــ اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد يجوز أن يشترط المشترى وصفا فى المبيع له فيه غرض ، فان لم يوجد هذا الشرط كان له الحق فى رده (خيــار النقيصة ، أى العيب) .

جاء ما معناه فىالشرح الكبير وجاز للمشترى رد المبيع بسبب عــدم وجود وصف مشروط اشترطه المبتاع ، وكان هذا الشرط له فيــه غرض ، سواء كان فيــه مالية كاشتراط كون

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٠ ــ ١٧١ .

الأمة طباخة فلا توجد كذلك أو لا مالية فيه ، كاشتراط كونها ثيبا ، لأنه قــد حلف ألا يطأ بكرا واشتراها للوطء فيجدها بكرا .

وان لم يشترطه المشترى بل حصــل الشرط بمناداة عليها حال البيع انها طباخة أو خياطة أو غير ذلك فترد عند عدم الشرط .

أما اذا انتفى الغرض ويلزم منــه انتفــاء المــالية كشراء عبد للخدمة ، فيشترط أنه غير كاتب فيوجد كاتبا ، أو أنه جاهل فيوجــد عالمــا فان الشرط يلغو ولا رد للمبيــع[2] .

الا أنه اذا أدى الشرط الى غــرر فانه لا يجوز البيع .

جاء فى الشرح الكبير : لا يجــوز بيــع حامل ــ أمة أو غيرها من الحيوان ــ بشرط الحمــل ، ان قصد البائع باشتراط الحمــل استزادة الثمن ، بأن كان مثلها لو كانت غير حــامل تباع بأقل ممــا بيعت به .

فان قصد التبرى من عيب الحمل جاز فى الحمــل الظاهر كما يجــوز فى الحمل الخفى فى الوخش[3] ، اذ قد يزيد ثمنها بهذا الشرط دون الرائعة ، فان لم يصرح بمــا قصــد حمل على الاستزادة فى الوخش وفى غير الآدمى وعلــى التبرى فى الرائعة[4] .

(٢) الشرح الــكبير ج ٣ ص ١٠٨ طبعــة مصطفى محمد .
(٣) الوخش رذال الناس وسقاطهم .
(٤) الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٩ ــ ٦٠ طبعة مصطفى محمد .

٢ ــ اشـــتراط ما يقتضـــيه العقـــد اذا شرط فى العقد شرطا يقتضـــيه العقد ، كان العقـــد صـــحيحا .

ومن أمثلته فى البيع : أن يشـــترط تسليم المبيع للمشترى والقيام بالعيب ورد العوض عنـــد انتقاض البيع فهذه الأمور لازمة دون شرط لاقتضـــاء العقد لها فشرطها تأكيد(١) .

وفى النـــكاح : أن يشـــترط أن ينفق على الزوجة أو يكسوها أو يبيت عندها أو يقسم لهـــا أو لا يؤثر عليها ، أولا يضربها فى نفقة أو كسوة ولا فى عشرة(٢) .

٣ ــ شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ومن أمثلته :

اشتراط رهن أو كفيـــل : جاء فى الخرشى « يصح البيع مع اشتراط رهن أو كفيل أو أجل مثل أن يبيعه السلعة على رهن أو كفيل أو الى أجل معلوم ، أو على خيار أو نحوه ، وليس فى ذلك فساد ولا كراهيـــة ، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته ولا معارض له من جهة الشرع ، ولأنه لا يناقض مقتضى العقـــد ولا يخل بالثمن(٣) .

وفى القـــراض جـــاء فى الخرشى : لو دفع المـــال للعامل وطلب منه ضامنا يضمنه فيمـــا يتلف بتعديه ، فينبغى جوازه كما نقله الزرقانى عن بعض شيوخه(٤) .

وفى القرض : ولو اشترط فى البيع أو القرض رهن معين فانه يلزم المشترى أو المقترض أن يدفعه له ، لأن المؤمن عنـــد شرطه فان وقع البيـــع أو القرض على شرط رهن غير معين ، فانه يلزم المشترى أو المقترض أن يأتى برهن فيه وفاء للدين وجرت العادة فى ذلك المحـــل بارتهانه(٥) .

اشتراط منفعة معلومة فى المعقود عليـــه : اذا اشترط البـــائع لنفســـه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف فى أصل المبيع فانه يصح البيع والشرط ، كمـــا لو باع الدار واشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنة وذلك استنادا الى حديث جابر ، فقد جاء فى الصحيح أن جابرا باع ناقة لرسول الله صلى عليه وسلم واشترط حلابها وظهرها للمدينة(٦) .

اشتراط عمل فى المعقود عليه أو فى غيره : جاء فى الشرح الصغير يجوز اجتماع اجـــارة مع بيع صفقة واحدة ، سواء كانت الاجارة فى نفس المبيـــع كشرائه ثوبا أو جلودا على أن يخيطه أو يخرزها البـــائع بكذا أو فى غيره كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن ينسج له ثـــوبا آخـــر(٧) .

وفى المساقاة : يجـــوز فى المساقاة اشتراط عصر الزيتون على أحدهما .

---

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٦٥ .
(٢) الالتزامات للحطاب ج ١ ص ٢٣٢ .
(٣) الخرشى ج ٢ ص ٤٣٨ .
(٤) الخرشى ج ٤ ص ٤٢٢ .
(٥) الخرشى ج ٤ ص ١٦٠ .
(٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١٦٠ والشرح الكبير للدسوقى ج ٣ ص ٦٥ .
(٧) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٣٥ طبعـــة المطبعة الأدبية بمصر .

فان لم يكن مشروطا على أحدهما كان عصره عليهما معا اذا كان العرف جاريا بقسمه بعـد عصره •

كما يجوز أن يشترط على العامل ما قل من الأعمال كاصلاح الحائط وكنس عين واصلاح ضفيرته (وهى الموضـع الذى يجتمع فيـه المـاء لسقى الحائط كالصهريج) وشد حظيرة الحائط (أى الزرب بأعلى الحائط لمنع التسور) وذلك لكونه يسـيرا ولجريان العادة باشتراط ذلك عليه ، لأن ذلك لا يبقى فى الحائط • بعد انقضاء مدة المساقاة غالبا •• وكذلك يجـوز اشتراط عمـل ما قل على العامل[1] كالناطور ونحـوه[2] •

اشتراط عتق العبد المبيع أو هبته أو وقفه : يجوز اشتراط تنجيز عتق العبد المبيع ، وان كان الشرط منافيا لمقتضى العقد ، نظرا لتشوف الشارع للحرية ، ومثل تنجيز العتق التحبيس والهبة والصدقة •

أما التدبير والكتـابة واتخـاذ الأمة أم ولد والعتق لأجل فانه لا يجوز ويفسد البيع[3] •

القسم الثانى : الشروط الباطلة : وهـذه الشروط ثلاثة أنواع : شروط باطلة تبطـل التصرف : وأخرى باطلة تبطل التصرف الا اذا أسقط المشترط شرطه ، وثالثة تبطـل ويصح التصرف •

النوع الأول : شروط باطلة تبطل التصرف •

وهى : (أ) اشـتراط أمر محظور : اذا اقترن العقد بشرط محظور بطل العقـد ومن أمثلتـه :

١ ــ فى البيع : مـا اذا باع أمة رفيعـة واشـترط على المشـترى ألا يمنعها الدخول والخروج أو اشترط كونها مغنية ، أو باع دارا واشترط اتخاذها مجمعا لأهل الفساد ، فالشرط حرام والبيع به فاسد ، واذا فسد البيع بالشرط الحلال المؤثر فى الثمن جهلا ، فأحرى أن يفسد بالشرط الحرام المؤثر فى الثمن كالمثال الأول ، والثالث من هذا القسم[4] فلا فرق فى الشرط الحرام بين كونه مؤثرا فى الثمن أولا •

٢ ــ فى القرض : وحرم اشتراط مـا يجر منفعة للمقرض فلا يجوز سلف شاة مسلوخة، ليأخذ كل يوم كذا وكذا ، ومثله من يدفع قدرا معينا من الدقيق لخباز فى قدر معين من الخبز على أن يأخذ منه كل يوم قدرا معينا • وكذا اذا أسلفه طعاما عفنا بشرط أن يأخذ منه طعاما سالما •• أو يسلفه دقيقا فى بلد بشرط أن يأخذ مثله فى بلد آخر ولو كان للحاج لمـا فيه من تخفيف مؤنة حمله •• لأنه سلف يجر منفعـة فلا يجـوز[5] •

(ب) شرط يؤدى الى غرر ، ومن أمثلته •

---

(١) الناطور حافظ الكرم والنخل والمقاتة •
(٢) الخرشى ج ٤ ص ٤٤٩ والشرح الكبير ج ٣ ص ٥٤٤ ــ ٥٤٥ •
(٣) الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٦ •

(٤) الاتقان والأحكام شرح تحفة الحكام لابن عاصم ج ١ ص ٢٨٠ ٢٨١ •
(٥) الخرشى ج ٤ ص ١٤١ •

١ ، ٢ : فى البيع والاجـارة : ما اذا باع شيئا (ومثله الاجارة) واشترط على المشترى أن يكون الثمن أن ينفق على البائع مدةحياته ، فان العقد يفسد للغرر ، لعدم علم مدة حياته ، ورجع المشترى على البائع بقيمة ما أنفق ان كان مقوما أو مثليا مجهول القدر ، كما اذا كان فى عيال المشترى أو مثله ان علم المثلى ، بأن دفع اليــه قدرا معلوما من طعــام أو دنانير أو دراهم .. ورد المبيع .

وكعسيب فحــل يستأجر على عقوق الأنثى حتى تحمل فانه يفسد العقد للجهالة ، لأنها قد لا تحمل .

وجاز زمان كيوم ويومين أو مرات كمرتين أو ثلاث بكذا فان حملت وعلامتها أعراضها عن الفحل — انفسخت الاجارة فيهما وعليه بحساب ما انتفــع[٢] .

٣ — فى الهبة : جاء فى الخرشى ومن وهب شخصا نخــلا واستثنى الواهب لنفسه ثمرتها سنين معلومة ، وشرط على الموهوب له السقى للنخل فى تلك السنين ، فهــذا لا يجوز ، لأنه مخاطرة وبيع معين يتأخر قبضه ، لأن سقيه للنخل خرج مخرج المعاوضة ، ولأنه كمن باع نخلا واستثنى ثمرتها أعواما معينة واشترط على المشترى سقيها فى تلك الأعوام فهــذا لا يجوز ، لأنه غرر ولانه لا يدرى ما يصير النخل اليه بعد تلك الأعوام ، فهو من باب أكل أموال الناس بالباطل[٣] .

٤ — فى السلم : اذا أسلم فى رطب حــائط (بستان) معين صغير ووقع العقد على معيار معين مثل : خــذ هذا الدينار سلما على قنطار من ثمر هذا الحائط ، واشترط عليه أن يبقى على أصوله حتى يصير تمرا ، فان العقد يكون فاسدا لبعد ما بين التمر والرطب فيدخله الخطر ولقلة أمن الجوائح فيه ، فان قبضه ولو قبــل تتمره — مضى ولا فرق بين كون الشرط صريحا أو التزاما كمــا لو شرط فى كيفية قبضه أياما يصير فيهــا تمرا[٤] .

النوع الثالث : شرط يناقض مقتضى العقد ، ومن أمثلته :

١ — فى عقد النكاح : مالو تزوجها على شرط ألا تأتيه الزوجة أو ألا يأتيها هو الا نهــارا فقط ، أو ليلا فقط فانه يفسخ النكاح قبــل الدخول فقط لا بعده ، وذلك لأنه شرط يناقض مقتضى النكاح ولمــا فيه من الخلل فى الصداق ، ولذا ثبت بعــد الدخول بصداق المثــل ، لأن الصداق يزيد وينقص بالنسبة لهــذا الشرط ، وكذا الحكم لو اقترن النكاح بشرط خيار يوما أو أكثر لأحــد الزوجين أو لهما معــا ، أو لأجنبى ، الا خيــار المجلس فــانه يجــوز اشتراطه .

وكذا يفسخ النكاح قبــل الدخول لا بعده ان وقع على شرط أنه ان لم يأت بالصداق لوقت كذا فلا نكاح وجاء به فى الوقت المذكور أو قبله فان لم يأت به فيه فسخ أبدا .

---

(١) نفس المرجع ج ٥ ص ١١٣ .
(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٧ — ٥٨ .
(٣) نفس المرجع ج ٥ ص ١١٣ .
(٤) الخرشى ج ٤ ص ١٢٩ والشرح الكبير ج ٣ ص ٢١٢ .

وكذا نكاح الشغار كما لو قال تزوجنى بنتك بكذا على أن أزوجك ابنتى بكذا يفسخ قبـل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ككل نـكاح فسـد لخلل فى صـداقه •

وكذا لو وقع النكاح على شرط ألا يقسم بينها وبين ضرتها فى المبيت أو على شرط أن يؤثر عليها ضرتها ، بان يجعـل لضرتها جمعة أو أقل ، أو أكثر تستقل بها عنها •

أو شرطت عنـد تزوجها بمحجور عليه أن نفقة زوجهـا المحجور لصـغره أو لرقه على وليه — أبيه أو سيده — فانه شرط مناقض ، لأن الأصل أن نفقة الزوجة على زوجها فشرط خلافه مضر ، أو شرط الزوج أن نفقته عليها ، فانه شرط مخل •

وكذا لو شرطت أن ينفق على ولدها أو على أبيهـا أو على أن أمرها بيدها متى أحبت ، فيفسخ قبل الدخول فى الجميع ويثبت بعـده بصداق المثل وألغى الشرط المناقض ، لأن كل شرط خالف كتاب الله تعالى وسنة رسوله فهو لاغ وباطل[١] •

٢ — الرهن : اذا شرط الراهن فى الرهن شرطا ينافى حكم الرهن ، فانه لايجوز ، ويفسد الرهن بسبب ذلك الشرط كما اذا شرط ألا يقبضه المرتهن ، أو ألا يباع عند الأجل فى الحق الذى رهن فيه ، أو شرط الراهن أجلا معينا وبعده لا يكون رهنا ، أو شرط ألا يكون الولد رهنـا مع أمه فانه يبطل الرهن ، ولو أسـقط المشترط الشرط ، وذلك لأن اشتراط شرط مناف لمقتضى عقـد الرهن يبطله ، بخلاف البيع ، فانه اذا أسقط هذا الشرط فيه صح البيع •

والفرق بينهما ان القبض والبيع — أى عند حلول الأجل — كل منهما مأخوذ جزءا من حقيقة الرهن ، فالشرط المنـاقض لهما شرط مناقض للحقيقة ، وأما شرط عـدم التصرف فى المبيع فهو مناقض لمـا يترتب على البيـع وليس مناقضا لنفس حقيقته[٢] •

٣ — الصلح : اذا اقتـرن الصلح عن مال بمال بشرط ينافى مقتضاه بطل ، كما لو صالح عن عبـد بثوب بشرط ألا يلبسه أو لا يبيعه أو بشىء مجهول أو لأجـل مجهـول فانه لا يصـح[٣] •

٤ — الشركة : تفسـد شركة المفاوضة اذا وقعت بشرط التفاوت فى الربح ، كما لو أخرج أحدهما عشرين دينارا مثلا ، والآخر عشرة وشرطا التساوى فى الربح والعمل ، فان وقع ذلك وعثر عليه قبل العمل ، فان عقد الشركة يفسخ ، وبعد العمـل يقسم الربـح على قدر المالين فيرجع صاحب العشرين بفاضل الربح وهو سدسه ، وينزعه من صاحب العشرة ان كان قبضه ، ليكمل له ثلثاه ، ويرجع صـاحب العشرة بفاضـل عمله فيأخـذ سدس أجرة المجمـوع[٤] •

وتفسد الشركة فى العمل اذا اشترط فيهـا الغاء الغيبة الكثيرة أو المرض ويكون ما اجتمعا

---

(١) الشرح الصغير ج ١ ص ٣٣٤ — ٣٣٥

(٢) الخرشى ج ٤ ص ١٥٣ — ١٥٤ .
(٣) الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٩ — ٣١٠
(٤) الخرشى ج ٤ ص ٢٦١ .

فيه بينهما ، وما انفرد به أحدهما يكون له على انفـــراده[١] .

٥ ــ القسة : اذا اقتسم القوم دارا ، أو ساحة أو سفلا أو علوا بينهم بشرط ألا مخرج لأحدهم على الآخر ، فانه لا يجوز قسمهم هذا سواء كانت بالقرعة أو بغيرها ، لأن هذا ليس من قسم المسلمين .

ومحل المنع اذا لم يكن لصاحب الحصة الذى ليس له فى المخرج شىء ما يمكن أن يجعل له فيه مخرجا .

وظاهره المنع ولو تراضيا بعد العقـد على المخرج لوقوع العقـد فاسدا ابتداء فلا ينقلب صـحيحا[٢] .

٦ ــ القراض : يكون القراض فاسدا اذا اشترط فيه ما ينافى مقتضاه .

جـاء فى الخـرشى « يـكون القـراض فاسـدا اذا اشـترط رب المـال على العـامل أن يضـمن المـال اذا تلف أى رأس المـال ، لأن ذلك ليس من سنة القراض ، وله قراض المثل اذا عمـل ولم يعمل بالشرط اذا تلف المـال .

وأما لو دفع المـال للعـامل وطلب منه ضامنا يضمنه فيمـا يتلف بتعـديه فينبغى جوازه .

وكذلك يكون القراض فاسدا فيما اذا دفع مالا لآخر على النصف مثلا على أن يشترى عبد فلان ، ثم يشترى بعد ما يبيعه بثمنه ثانيا فهو أجير فى شرائه وبيعـه فله أجر مثله فى توليه ، وله قراض مثله فى ربحه .

وكذا يكون القراض فاسـدا اذا عين رب المـال للعامل نوعا وكان ذلك النوع فى نفسه يقل وجوده سواء خالف واشترى سواه أو لم يخالف واشتراه .

قال مالك لا ينبغى أن يقارض رجـلا على ألا يشترى الا البزالا أن يكون موجـودا فى الشتاء والصيف فيجوز ثم لا يعدوه الى غيره.

قال الباجى : فان كان يتعذر لقلته لم يجز وان نزل فسـخ[٣] .

وكذا يفسد القراض اذا اشترط رب المـال على العامل أن تكون يده معه فى البيع والشراء والأخذ والعطاء فيما يتعلق بالقراض لمـا فيه من التحجير ويرد العامل فيه الى أجرة مثله .

وكذا الحكم لو اشترط العامل يدرب المال .

وكذا اذا اشترط رب المـال على العـامل ألا يبيع شيئا من سلع القراض ولا يشترى شيئا للقراض ولا يأخذ ولا يعطى للقراض الا بمراجعته ، أو اشترط رب المـال أمينا على العامل ، لأنه خرج بذلك عن سـنة القراض ، ويرجع العامل الى أجرة مثله لأنه لم يأتمنـه على القراض[٤] . أو اشترط رب المـال عمل يد العامل كما اذا اشترط عليه أن يخيط ثيابا أو يخرز نعالا وما أشبه ذلك ، أو يشارك بمال من عند العامل أو اشترط عليـه أن يشارك

(١) الخرشى ج ٤ ص ٢٧٠ .
(٢) الخرشى ج ٤ ص ٤٠٩ .
(٣) الخرشى ج ٤ ص ٤٢٢ .
(٤) نفس المرجع ج ٤ ص ٤٢٣ .

غيره .. أو يشترط عليه أن يخلط المال بماله أو بمال قراض عنده(١) .

٧ ـ المساقاة : تفسد المساقاة اذا اشترط فيها شرط يخالف مقتضاها ، جاء فى الخرشى : « فان لم يتحقق شرط من شروط صحة المساقاة فسدت ، كاشتراط رب الحائط البياض اليسير (الأرض الخالية من الشجر أو الزرع) ليعمل فيه لنفسه ، فانه لا يجوز ، لأن سقى العامل للأرض ينال هذا البياض ، فهى زيادة اشترطها على العامل ، ولذا لو كان بعلا ، أو كان يسقى بماء الحائط فانه يجوز لربه اشتراطه ، وأما ان كان البياض كبيرا فلا يجوز أن يدخلا فى المساقاة ، ويبقى لرب الحائط ولا يجوز أن يشترطه العامل لنفسه أيضا .

واذا كانت المساقاة على زرع وفيه نخل يسير تبع ، فان النخل يدخل فى عقد المساقاة لزوما ، ولا يجوز اشتراطه للعامل ولا لرب الأرض ، لأن السنة انما وردت بالغاء البياض لا بالغاء الشجر(٢) .

٨ ـ المزارعة : وتفسد المزارعة أيضا اذا اشترط فيها شرط يخالف مقتضاها(٣) .

٩ ـ الجعل : اذا اقترن الجعل بشرط يخالف مقتضاه فسد ، جاء فى الخرشى « ومن شروط صحة الجعل ألا يشترط النقد فيه ، فان شرط النقد فسد العقد ، سواء حصل نقد بالفعل أم لا ، لدوران الجعل حينئذ بين الثمنية ان وجد الآبق وأوصله الى ربه ، والسلفية ان لم يوصله الى ربه بأن لم يجده أصلا ، أو وجده وهرب منه فى الطريق(٤) .

ولو وقع الجعل على بيع سلع كثيرة ، أو على شرائها على شرط ألا يأخذ شيئا من جعله الا أن باع أو اشترى الجميع فلا يجوز ، والعرف كالشرط ، وأما لو دخلا على أنه له بحساب ما باع أو ابتاع لجاز .

لا يقال : الجعالة لا يستحق العامل فيها شيئا الا بانتهاء العمل فالعقد مقتض للشرط .

لأنا نقول : كثرة السلع بمثابة عقود متعددة ، وهو يستحق جعله فى كل عقدة بانتهاء عمله فيها ، وحينئذ ، فالشرط مناف لمقتضى العقد(٥) .

١٠ ـ الوقف : جاء فى الخرشى : ولو وقف على بنيه وبناته وشرط أن من تزوجت من البنات لا حق لها فى الوقف وتخرج منه ، فانه يكون باطلا أيضا(٦) .

النوع الثانى : شروط باطلة تبطل التصرف الا اذا أسقطها المشترط . وهذا النوع يشمل الشروط الآتية :

١ ـ شرط يناقض المقصود من البيع : اذا اشترط فى البيع شرط يناقض المقصود من البيع ، كأن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع

(١) الخرشى ج ٤ ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤ .
(٢) الخرشى ج ٤ ص ٤٤٧ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٢٨٣ .
(٤) الخرشى ج ٥ ص ٦٢ .
(٥) نفس المرجع ج ٥ ص ٦٣ .
(٦) نفس المرجع ج ٥ ص ٨٢ .

الشىء المبيع لأحد أصلا ، أو الا من نفر قليل ، أو لا يهبه أو لا يتخذها أم ولد أو لا يخرج بهـا من البلد أو لا يركبهـا أو لا يلبسـها أو لا يسكنها أو لا يؤاجرها ، أو على أنـه ان باعها فهو أحق بها بالثمن فان البيع لا يصح الا اذا أسـقط المشترط شرطه وكان المبيـع قائمـا[١] .

٢ ــ اشتراط ما يخل بالثمن فى البيع : اذا اشترط فى البيع شرط يؤدى الى الاخـلال بالثمن كبيع وشرط سلف فانه يبطـل الا اذا أسقط المشترط شرطه ، وكانت السلعة قائمة ، فانه يصح حينئذ لزوال المانع على المشهور فى المذهب .

والشرط الذى يخل بالثمن هو الذى يؤدى الى جهل فيه بزيادة ان كان شرط السلف من المشترى ، أو نقص ان كان من البائع ، لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول ، أو لـما فيه من سلف جر نفعا ، وأما جمعهما من غير شرط فجائز على المعتمد[٢] .

٣ ــ شرط فى الهبة يؤدى الى غرر : جاء فى الخرشى « ولا يجوز للشخص أن يدفع فرسا لمن يغزو عليـه سنين معلومة بشرط أن ينفق عليه المدفوع اليـه من عنـده فى تلك السنين ويكون له بعد الأجل ولا يبيعه الا بعد الأجل ، لأنه باع الفرس بالنفقة عليه تلك السنين ، ولا يدرى هل يسلم الفرس الى ذلك الأجل أم لا ، فتذهب نفقته باطلا ، فهذا غرر ومخاطرة ... وقوله لا يبيعه أى لا يملكه الا بعـد الأجل ، أعم من البيع ، وينبغى اذا أسقط الشرط صح ، واذا وقع ونزل فان اطلع على ذلك قبل مضى الأجل خير رب الفرس ، اما أن يسقط الشرط وتكون الفرس لمن أعطيت له ، أو يأخذه منه ويؤدى للرجل ما أنفق عليـه وان مضى الأجل كانت الفرس للآخر بتلا ، ولا قيمة عليه[٣] .

النوع الثـالث : شروط باطلة تسقط ويصح العقد :

١ ــ اشتراط البـراءة من العيوب أو من الاستحقاق : لا يجـوز اشتراط البراءة من العيب الذى يوجد فى المبيع ، الا فى الرقيق ، ولا يجوز فى غيره .

فاذا باع عرضا أو حيوانا غـير رقيق على البراءة من العيوب ، بطل الشرط وصح البيع فاذا أطلع على عيب قـديم كان لـه رده ، ولا عبرة بشرط البـراءة .

بخلاف الرقيق اذا بيع على البراءة ثم أطلع المشترى على عيب فلا رد له .

وانما تجـوز البراءة فى الرقيق اذا طالت اقامته عند البائع وأن يجهل البائع العيوب التى تبرأ[٤] منها . وكذلك اذا باع سـلعة بشرط ألا عهدة عليه عند استحقاق المبيـع فانه يسـقط الشرط ويصـح البيـع فاذا استحق المبيـع فله الرد علـى البائـع لأنـه اسقاط للشىء قبـل وجوبه[٥] .

---

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٥ ــ ٦٧ .
(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٦ ــ ٦٧ .
(٣) الخرشى ج ٥ ص ١١٣ .
(٤) الشرح الكبير ج ٣ ص ١١٢، ص ١١٩.
(٥) الخرشى ج ٤ ص ٣٩ .

٢ ــ اشتراط الولاء لغير المعتق ، اذا باع شخص عبدا أو أمة واشترط على المشترى أنه متى عتق كان الولاء له دون المشترى ، صح البيع وبطل الشرط ، لحديث عائشة رضى الله عنها : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشترى بريرة وأعتقها ، وان اشترط أهلها الولاء فان الولاء لمن أعتق ، فجاز البيع ، وبطل الشرط(١) .

٣ ــ اشتراط ما يخالف مقتضى العقد فى التصرفات الآتية :

(أ) الوديعة : (انظر مصطلح وديعة) اذا اشترط فى الوديعة ما يخالف مقتضاها بطل الشرط .

جاء فى الخرشى « لا ضمان على المودع اذا شرط رب الوديعة عليه ضمانها اذا تلفت فى محل لا ضمان عليه ، ولا يعمل بشرطه ، لأن الوديعة من الأمانات فشرط ضمانها يخرجها عن حقيقتها ويخالف ما يوجبه الحكم(٢) .

وكذا اذا شرط المودع على رب الوديعة عند أخذها ألا يمين له فى دعوى التلف أو الرد فان ذلك لا يفيده لأن هذا شرط يؤكد التهمة ... ولأن اليمين ينظر فيها حين وجوب تعلقها فمشترط سقوطها كمشترط سقوط أمر قبل وجوبه(٣) .

(ب) الوقف (انظر مصطلح وقف) لو اشترط الواقف على الناظر أن يسلم الناظر اليه غلة الوقف ليأكلها ، لا يصح الشرط بل يلغى ويصح الوقف ... بخلاف ما لو اشترط عليه أن يسلمها اليه ليصرفها الواقف على مستحقيها فانه يصح(٤) .

وكذا اذا اشترط الواقف أن يكون اصلاح الوقف على مستحقةيبطل الشرط ويصح الوقف، لأنه كراء مجهول .. وتكون مرمته من غلته ..

وكذا من وقف أرضا مثلا عليها توظيف، واشترط أن يؤخذ ذلك التوظيف من المحبس عليه ، لا من غلة الوقف فان الشرط يكون باطلا والوقف صحيح .

وأما لو شرط أن مرمتها من غلتها وأن ما عليها من التوظيف من غلتها فان ذلك جائز ، وهو المشهور واليه أشار بالأصح .

وقيل : لا يجوز ..

وكذلك لا يجوز اتباع شرط الواقف عدم البداءة باصلاح ما انثلم من الوقف .. لأنه يؤدى الى بطلان الوقف من أصله ، بل يبدأ بمرمة الوقف واصلاحه ، لأن فى ذلك البقاء لعين الوقف والدوام لمنفعته(٥) .

(ج) العارية جاء فى الشرح الكبير « وضمن المستعير ما يغاب عليه ــ وهو ما يمكن اخفاؤه ، كالثياب والحلى .. الا لبينة على تلفه أو ضياعه بلا سببه ..

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥٩ والشرح الكبير ج ٣ ص ٦٥ ، ج٤ ص ٣٦٩ .
(٢) الخرشى ج ٤ ص ٣٢٨ .
(٣) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٣٣ .
(٤) الشرح الكبير ج ٤ ص ٧٠ .
(٥) الخرشى ج ٥ ص ٩٣ .

واذا شرط المستعير نفى ضمان ما يغاب عليه فهل يضمن المستعير أو لا يضمن ؟ تردد فى النقل عن المتقدمين .

فقيل : يضمن ، لأن الشرط يزيده تهمة، ولأنه من اسقاط الحق قبل وجوبه فلا يعتبر.

وقيل : لا يضمن ، لأنه معروف من وجهين: العارية معروف ، واسقاط الضمان معروف آخر ، ولأن المؤمن عند شرطه .

وعزا الرأى الأول (فى العتبية) لابن القاسم وأشهب .

وعزا اللخمى والمازرى الرأى الثانى لابن القاسم أيضا .

وعلى كلا القولين لا يفسد عقد العارية بذلك الشرط .

وقيل : ان شرط نفى الضمان اذا كان مما يغاب عليه يفسد العقد ، ويكون للمعير أجرة ما أعاره .

أما اذا كان الشىء المعار مما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار ، فلا يضمنه المستعير ولو اشترط عليه المعير ذلك ، لأن عدم ضمانه بطريق الأصالة ، وحينئذ فلا ينتفع المعير بشرطه .

وانما جرى قول مرجح فى العمل بالشرط فيما يغاب ، عليه دون غيره ، لأن الشرط فى الأول من المعروف دون الثانى[1] (انظر مصطلح عارية) .

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٣٦ .

مذهب الشافعية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة وهى :

النوع الأول : اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد ، ومن أمثلتها :

١ — فى البيع : جاء فى مغنى المحتاج: ولو شرط أن الأمة المبيعة بكر ، أو صغيرة أو مسلمة فبان خلاف ذلك فله الرد ، لخلف الشرط .

وكذا لو شرط كون الرقيق المبيع كاتبا أو خبازا أو نحو ذلك من الأوصاف المقصودة فبان خلافه ، فانه يثبت له الخيار لفوات فضيلة ما شرطه .

ولو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا ، لم ترد ، لأنها أكمل مما شرط .

وقيل : ترد لأنه قد يكون له فى ذلك غرض كضعف آلته أو كبر سنه وقد فات عليه .

ولو شرط أن الرقيق كافر ، أو فحل ، أو مختون ، أو خصى ، فخرج مسلما فى الأولى، أو خصيا فى الثانية ، أو أقلف فى الثالثة ، أو فحلا فى الرابعة ، ثبت له الرد ، لاختلاف الأغراض بذلك ، اذ فى الكافر مثلا فوات كثرة الراغبين ، اذ يشتريه الكافر والمسلم بخلاف المسلم والخصى..

فلو شرط كونه أقلف ، فبان مختونا ، لم يثبت له الرد ، اذ لم يفت بذلك غرض

مقصود ، الا ان كان الأقلف مجوسيا بين مجوس يرغبون فيه بزيادة فيثبت له بذلك الرد .

ولو شرط كونه فاسقا ، أو خائنا ، أو أميا ، أو أحمق ، أو ناقص الخلقة ، فبان خلافه لم يثبت له الرد ، لأنه خير مما شرط .

ولو شرط كون الأمة يهودية ، أو نصرانية فبانت مجوسية أو نحوها ، ثبت له الرد ، لفوات حل الوطء ، بخلاف ما لو شرط كونها يهودية فبانت نصرانية أو بالعكس .

ولو اشترى ثوبا على أنه قطن ، فبان كتانا ، لم يصح الشراء لاختلاف الجنس[1] » ..

وان شرط وصفا يقصد ككون الدابة حاملا أو لبونا ، صح العقد مع الشرط، لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التى تختلف بها الأغراض ، ولأنه التزم موجودا عند العقد . ولا يتوقف التزامه على انشاء أمر مستقبل ، فلا يدخل فى النهى عن بيع وشرط ، وان سمى شرطا تجوزا ، فان الشرط لا يكون الا مستقبلا، ويكفى فى الصفة المشروطة ما يطلق عليها الاسم .

نعم لو شرط حسن خط العبد المبيع فان كان غير مستحسن فى العرف فله الخيار والا فلا قاله المتولى .

وفى قول : يبطل العقد بالشرط لا بالخلف، لأنه شرط معها شيئا مجهولا ، فأشبه ما لو قال : بعتكها وحملها .

وأجاب أصحاب الرأى الأول بأن المقصود الوصف به لا ادخاله فى العقد ، لأنه داخل عند الاطلاق ..

أما مالا يقصد من العيوب كالزنا والسرقة فانه لا خيار بفواته ، بل ان كان من البائع فهو بيان للعيب ، وان كان من المشترى فهو فى حكم الرضا بالعيب[2] .. (انظر مصطلح بيع) .

٢ ــ فى النكاح : جاء فى مغنى المحتاج : لو تزوج امرأة واشترط فى العقد كونها مسلمة ، أو اشترط فى الزوج أو الزوجة نسب أو حرية أو غيرهما مما لا يمنع عدمه صحة النكاح من صفات الكمال كبكارة وشباب ، أو صفات النقص كضد هذا ، أو ما ليس بصفة كمال ولا نقص، كطول وبياض وسمرة ، فان أخلف المشروط فالأظهر صحة النكاح ان وجدت شرائط الصحة ، لأن الخلف فى الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة فالنكاح أولى .

---

(١) مغنى المحتاج شرح متن المنهاج ج ٢ ص ٥٢ ــ ٥٣ باب الخيار .

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٤ .

والرأى الثانى يبطل النكاح ، لأن النكاح يعتمد الصفات فتبدلها كتبدل العين ..

وعلى القول بصحة النكاح ان بان الموصوف بالشرط خيرا مما شرط فيه، كشرط كونها كتابية أو أمة أو ثيبا ، فبانت مسلمة فى الأولى ، أو حرة فى الثانية ، أو بكرا فى الثالثة ، أو اشترطت فى الزوج أنه عبد فبان حرا فلا خيار فى ذلك ، لأنه أفضل وان بان دون المشروط كأن شرط فيها أنها حرة فبانت أمة ، وهو ممن يحل له نكاحها ، وقد أذن السيد فى نكاحها ، أو شرط فيه أنه حر فبان عبدا والزوجة حرة ، وقد أذن له السيد فى النكاح فلها الخيار للخلف ، فان رضيت فلأوليائها الخيار ان كان الخلف فى النسب لفوات الكفاءة ، ومثله خلف شرط نسب الزوجة.

ولكن الأظهر فى الروضة والشرح الصغير وقضية ما فى الكبير ، وهو المعتمد : أنه اذا ساواها فى النسب أو زاد عليها أنه لا خيار لها ، وان كان دون المشروط وجرى عليه فى الأنوار ، وجعل العفة كالنسب ، وكذلك الحرية وكذا له الخيار فى الأصح اذا لم يزد نسبها على نسبه ولم يساوه على الخلاف فى جانبه للغرر فلكل منهما الفسخ ولو بغير قاض كما قاله البغوى ، وان بحث الرافعى أنه يكون كعيب النكاح .

والرأى الثانى : لا خيار له لتمكنه من الفسخ[1] بالطلاق (انظر مصطلح نكاح) .

النوع الثانى : اشتراط ما يقتضيه العقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطا يقتضيه العقد ، كاشتراط القبض أو الرد بعيب ، أو الرجوع بالعهدة ، أو انتفاع المشترى بالمبيع كيف شاء ، أو اشترط خيار المجلس فان هذا الشرط لا يفسد العقد ، ويكون شرطه توكيدا وبيانا لمقتضى العقد .

وكذا لو شرط البائع بموافقة المشترى حبس المبيع بثمن فى الذمة حتى يستوفى الثمن الحال لا المؤجل ، وخاف فوت الثمن بعد التسليم ، ولم يقل بالبداءة بالبائع فى التسليم ، صح ، لأن حبسه من مقتضيات العقد ، بخلاف ما اذا كان مؤجلا أو حالا ولم يخف فوته بعد التسليم ، لأن البداءة حينئذ بالتسلم للبائع[2] . انظر مصطلح بيع) .

٢ ــ فى النكاح : اذا اشترط فى هذا العقد ما يوافق مقتضاه كما لو شرط

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٩٥ (باب الخيار) .

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣ و المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٣٦٤ .

أن ينفق عليها أو يقسم لها ، فان النكاح صحيح ، والشرط صحيح ، لأنه مما يقتضيه العقد ، فشرطه[١] تأكيد (انظر مصطلح نكاح) .

٣ — الرهن : وكذا اذا اشترط فى الرهن ما يوافق مقتضاه ، كما لو اشترط تقدم المرتهن بالمرهون عند تزاحم الغرماء ليستوفى منه دينه[٢] . صح الرهن (انظر مصطلح رهن) .

النوع الثالث : شرط يحقق مصلحة مشروعة للعاقد : اذا اشترط فى العقد شرط يحقق مصلحة مشروعة للعاقد صح العقد والشرط .

ومن أمثلته : فى البيع اذا اشترط فى البيع أجل معين ، أو رهن ، أو كفيل بالثمن أو بالمبيع ، أو اشترط الاشهاد صح البيع والشرط معينان .

أما الأجل فلقوله تعالى « اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى » أى معين ، نعم التأجيل بما يستبعد بقاء الدنيا اليه كألف سنة فاسد ، كما قاله فى زوائد الروضة .

وأما الرهن والكفيل ، فللحاجة اليهما فى مقابلة من لا يرضى الا بهما .

والتعيين فى الرهن بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم (انظر مصطلح سلم) .

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢١٢ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٥ .

وفى الكفيل بالمشاهدة أو بالاسم والنسب .

ويشترط أن يكون المرهون غير المبيع ، فان شرطا رهنه لم يصح سواء اشترط أن يرهنه اياه بعد قبضه أم قبله ، لأنه لم يدخل فى ملك المشترى الا بعد الشرط ، فان رهنه بعد قبضه بلا شرط صح ، وأما اشتراط الاشهاد على الثمن أو المثمن سواء المعين وما فى الذمة فلعموم قوله تعالى « وأشهدوا اذا تبايعتم » وللحاجة اليه .

ولا يشترط تعيين الشهود فى الأصح ، لأن المقصود ثبوب الحق وهو يثبت بأى عدول كانوا .

والرأى الثانى : يشترط التعيين كما فى الرهن والكفيل ، فان لم يشهد من شرط عليه الاشهاد ، كأن مات قبله أو لم يرهن الشىء الذى اشترط رهنه كأن تلف المرهون أو أعتقه مالكه أو دبره ، أو بان معيبا قبل القبض ، أو لم يتكفل المعين كان مات قبله ، فللبائع الخيار ان شرط له ، وان شرط للمشترى فله الخيار اذا فات المشروط من جهة البائع لفوات المشروط ، والخيار على الفور ، لأنه خيار نقص ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بما شرط لزوال الضرر بالفسخ ، ولا يقوم غير المعين مقامه اذا تلف ولا خيار له ان تعيب بعد القبض الا ان استند الى سبب سابق جهله كردة وسرقة سابقتين[٣] .

(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣١ — ٣٢ .

وكذلك يجوز اشتراط الخيار (انظر مصطلح خيار) مدة معلومة متصلة بالعقد المشروط فيه الخيار متوالية لا تزيد على ثلاثة أيام ، لأن الأصل امتناعه ، لكونه مخالفا لوضع البيع ، فان الخيار يمنع نقل الملك أو لزومه .

وقد ثبت فى الثلاث بما روى فى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ان رجلا من الأنصار كان يخدع فى البيوع، فشكا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ، وفى رواية : فقل لا خلابة وأنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال » .

فثبت خيار المشترى بالنص ، والحق به البائع بالقياس عليه ، فبقى ما زاد على الأصل[1] ممنوعا .

اشتراط البراءة من العيوب فى المبيع : ولو باع حيوانا أو غيره بشرط براءته من العيوب فى المبيع ، أو قال بعتك على ألا ترد بعيب ، فالأظهر أنه يبرأ عن عيب باطن بالحيوان ، لم يعلمه البائع دون غيره .. فلا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقا ، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان ، علمه أم لا ، ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه ، والمراد بالباطن مالا يطلع عليه غالبا .

والقول الثانى : يبرأ عن كل عيب عملا بالشرط .

والقول الثالث : لا يبرأ عن عيب ما للجهل بالمبرأ منه ، وهو القياس .

وانما خرج منه على القول الأول صورة من الحيوان لما رواه مالك فى الموطأ ، أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما باع غلاما بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه وهو زيد بن ثابت ، لعبد الله بن عمر ، بالعبد داء لم تسمه لى ، فاختصما الى عثمان رضى الله تعالى عنه ، فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف ، وارتجع العبد فباعه بألف وخمسمائة .

وفى الشامل وغيره ان المشترى زيد بن ثابت كما أورده الرافعى ، وان ابن عمر كان يقول : تركت اليمين لله فعوضنى الله عنها .

فقد دل قضاء عثمان رضى الله عنه على البراءة فى صورة الحيوان المذكورة، وقد وافق اجتهاده فيها اجتهاد الشافعى رضى الله تعالى عنه ، وقال : الحيوان يتغذى فى الصحة والسقم وتتحول طباعه ، فقد لا ينفك عن عيب خفى أو ظاهر أى فيحتاج البائع فيه الى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفى دون ما يعلمه مطلقا فى حيوان أو غيره لتلبيسه فيه ، ومالم يعلمه من الظاهر فيهما « فى الحيوان وغيره » لندرة خفائه عليه ، أو من الخفى فى غير الحيوان كالجوز واللوز اذ الغالب عدم تغيره بخلاف الحيوان .

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٦ (خيار الشرط)

وللمشترى مع هذا الشرط شرط البراءة عن كل عيب باطن بالحيوان لم يعلمه .

الرد بعيب حدث بعد العقد وقبل القبض لانصراف الشرط الى الموجود عند العقد(١) ولو شرط البراءة عما يحدث من العيوب قبل القبض ولو مع الموجود منها لم يصح الشرط فى الأصح ، لأنه اسقاط للشيء قبل ثبوته فلم يسقط ، كما لو أبرأه عن ثمن ما يبيعه له .

والقول الثانى : يصح بطريق التبع، فان انفرد الحادث فهو أولى بالبطلان(١) .

ولو شرط البراءة عن عيب عينه — فان كان مما يعاين كالبرص ، فان أراه قدره وموضعه برىء منه قطعا ، والا فهو كشرط البراءة مطلقا ، فلا يبرأ منه على الأظهر ، لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه . وان كان مما لا يعاين كالزنا أو السرقة أو الاباق برىء منه قطعا لأن ذكرها اعلام بها(٢) .

اشتراط قطع الثمر المبيع أو ابقائه: يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا سواء اشترط قطعه أو لم يشترط ، اشترط ابقاءه أو لم يشترط ، وسواء كانت الأصول لأحدهما ، أم لغيره ، لأنه صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الثمرة قبل بدو اصلاحها . رواه

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٢ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٥٢ .

الشيخان فيجوز البيع بعد بدوه وهو صادق بكل هذه الأحوال ، والمعنى الفارق بينهما ان الثمرة بعد بدو صلاحها تكون فى أمن من العاهات غالبا لغلظها وكبر نواها ، وقبله تسرع اليه العاهة لضعفه فيفوت بتلفه الثمن وبه يشعر قوله صلى الله عليه وسلم : أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يستحق أحدكم مال أخيه ، وقبل بدو صلاحه لا يصح بيعه منفردا عن الشجر الا بشرط القطع فى الحال وأن يكون المقطوع منتفعا به ، ويحرم بيع الزرع الأخضر فى الأرض الا بشرط قطعه(٣) ..

فى القرض : ويجوز للمقرض شرط رهن وكفيل ، واشهاد ، واقرار به عند حاكم ، لأن ذلك توثقة للعقد ، لا زيادة فيه ، فله اذا لم يوف المقترض به الفسخ على قياس ما ذكر فى اشتراطها فى البيع (٤).. (انظر مصطلح قرض) .

فى الرهن : واذا شرط فى الرهن ما فيه مصلحة للعقد كالاشهاد به صح العقد والشرط(٥) . (انظر مصطلح رهن) .

وفى الحوالة : جاء فى مغنى المحتاج ما يفيد أنه « لو شرط العاقد فى الحوالة رهنا أو ضمينا فهل يجوز أو لا يجوز ؟ رأيان .

واختلف فى الترجيح بينهما .

(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٨٤ — ٨٦ .
(٤) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٣ .
(٥) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٥ .

والمعتمد هو الثانى •

ولا يثبت فى عقدها خيار شرط لأنه لم يبن على المعاينة[١] ••• انظر مصطلح (حواله) •

النوع الرابع — اشتراط العتق : جاء فى مغنى المحتاج : اذا باعه عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشترى مطلقا أو عن المشترى ففيه ثلاثة أقوال :

المشهور منها صحة البيع والشرط ، لتشوف الشارع الى العتق ، ولخبر الصحيحين أن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة ، وشرط مواليها أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم ، فلم ينكر صلى الله عليه وسلم الا شرط الولاء لهم بقوله « ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل •

والقول الثانى : لا يصحان كما لو شرط بيعه أو هبته •

والقول الثالث : يصح البيع ويبطل الشرط ، كما فى النكاح •

أما اذا شرط اعتاقه عن البائع أو عن أجنبى فانه لا يصح ، لأنه ليس فى معنى ما ورد به الخبر وخرج باعتاق المبيع شرط اعتاق غيره فلا يصح معه البيع، لأنه ليس من مصالحه وكذا شرط اعتاق بعضه •

نعم ان عين المقدار المشروط فالمتجه الصحة •

ولو باع بعضه بشرط أعتاق ذلك البعض صح ••

ولو باع رقيقا بشرط أن يبيعه المشترى بشرط العتق لم يصح البيع

وكذا لو اشترى دارا بشرط أن يقفها ، أو ثوبا بشرط أن يتصدق به ، لأن ذلك ليس فى معنى ما ورد به الشرع[٢] •

النوع الخامس : شرط يحقق مصلحة فى الوقف : ومن أمثلته ما جاء فى مغنى المحتاج: أن الأصح أنه اذا وقف بشرط ألا يؤجر أصلا ، أو ألا يؤجر أكثر من سنة صح الوقف ، واتبع شرطه كسائر الشروط المتضمنة للمصلحة •

والوجه الثانى : لا يتبع شرطه ، لأنه حجر على المستحق فى المنفعة •

ويستثنى حال الضرورة ، كما لو شرط ألا تؤجر الدار أكثر من سنة ثم انهدمت وليس لها جهة عمارة الا باجارة سنين ، فان ابن الصلاح أفتى بالجواز ••

والأصح أيضا أنه اذا وقف شخص مكانا مسجدا وشرط فيه اختصاصه بطائفة

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ١٨٢ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣ .

كالشـــافعية اختص بهم ، فلا يصـلى ولا يعتكف فيه غيرهم ، كالمدرسـة والرباط اذا شرط فى وقفهما اختصاصهما بطائفة اختصابهم جـزما •

والوجه الثانى : لا يختص المسـجد بهم ، لأن جعـل البقعـة مسـجدا كالتحرير ، فلا معنى لاختصاصه بجماعة ، ولو خص المقبرة بطائفة اختصـت بهم عنـد الأكثرين كمـا قاله امام الحرمين[١] •

وان شرط الواقف النظر على وقفـة لنفسه أو غيره ، واحـدا كان أو أكثر اتبع شـرطه سـواء أفوضـه له فى حـال حياتـه ، أم أوصى بـه لأنه المتقـرب بالصـدقة فيتبع شرطه كمـا يتبع فى مصارفها وغـيرها[٢] •
(انظر مصطلح وقف) •

القسـم الثـانى : الشروط الفاسـدة :
والشروط الفاسدة نوعـان : شروط فاسـدة تفسـد التصرف ، وأخـرى تلغو ويصـح التصـرف •

النوع الأول : الشـروط الفاسـدة التى تفسـد التصرف ، ويندرج تحتـه الشـروط الآتيـة :

الأول اشتراط أمر يخالف الشرع : ومن أمثلتـه :

١ ـ فى البيـع : ما اذا بـاع عبـدا واشـترط أمرين عتقه وأن يكون الولاء لـه ـ للبائع ـ •• فـان البيـع لا يصـح لمخالفتـه ما تقرر فى الشرع مـن أن الولاء لمن أعتق •

وأمـا قوله صـلى الله عليـه وسـلم فى حديث بريرة « واشـترطى لهم الولاء » فقد أجـاب الشـافعى رحمه الله تعـالى عنه بأن « لهم » بمعنى « عليهم » أى واشـترطى عليهم الولاء ، كمـا فى قوله تعـالى « وان أسأتم فلهـا » •

وكـذا اذا اشـترط العتق والولاء لأجنبى فانه يكون أولى بالبطلان •

وهناك رأى ثان : يصـح البيـع ويبطـل الشرط •

وأمـا اذا اشترط الولاء فقط دون العتق، كأن يقـول للمشترى : أن أعتقته فولاؤه لى ، فان البيـع باطل قطعـا ، لأن الولاء تـابع للعتق ، والعتق لم يشـترط فى الأصـل[٣] •
(أنظر مصطلح بيع) •

٢ ـ فى القـرض : لا يجـوز الاقـراض فى النقـد وغيره بشـرط جـر نفع للمقرض ، كشـرط رد صحيح عن مكسر ، أورد زيـادة، أورد جيـد عن ردىء ، ويفسـد بذلك العقد على الصحيح ، لحـديث كل قـرض يجـر منفعـة فهـو ربـا ، وهـو وان كان ضعيفا ، فقـد روى البيهقى معنـاه عـن جمـع من الصـحابة ، والمعنـى فيـه : أن موضـوع العقـد الارفـاق فاذا شـرط

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٥٧ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٦٤ .

(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٣ .

فيه لنفسه حقا خرج عن موضوعه فمنع صحته ، فلو رد زائدا فى القدر أو الصفة بلا شرط فحسن ، بل مستحب ..

ولو شرط أن يرد مكسرا عن صحيح ، أو رديئا عن جيد ، أو أن يقرضه غيره أو شيئا آخر لغا الشرط .

والأصح أنه لا يفسد العقد ، لأنه وعد باحسان لا جر منفعة للمقرض بل للمقترض والعقد عقد ارفاق ، فكأنه زاد فى الارفاق .

والوجه الثانى : يفسد لمنافاته مقتضى العقد ...

ولو شرط أجلا فهو كشرط مكسر عن صحيح أن لم يكن المقرض غرض ، لارتفاق المستقرض بالأجل ، فعلى هذا يصح العقد ولا يلزم الأجل على الصحيح ، لأنه عقد يمتنع فيه التفاضل فامتنع فيه الأجل كالصرف، لكن يندب الوفاء بالأجل لأنه وعد، كما فى تأجيل الدين الحال ..

وان كان للمقرض غرض فى الأجل كزمن نهب والمستقرض ملىء ، فكشرط صحيح عن مكسر فى الأصح لما فيه من جر المنفعة فيفسد العقد .

والوجه الثانى يصح ويلغو الشرط[1] . (انظر مصطلح قرض) .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٣ .

الثانى من الشروط التى تفسد العقد : اشتراط أمر يخالف مقتضى العقد : ومن أمثلته :

١ ـ فى البيع .

لا يصح البيع اذا اشترط فيه شرط يؤدى الى بيعتين فى بيعة ، وذلك للنهى عن بيعتين فى بيعة ، رواه الترمذى وصححه .. كأن يقول بعتك هذا العبد بألف على أن تبيعنى دارك بكذا ، أو تشترى دارى منى بكذا ، أو أدى الى بيع وشرط للنهى عن بيع وشرط رواه عبد الحق فى أحكامه ، وذلك كبيع بشرط بيع آخر ، أو بشرط قرض كأن يبيعه عبده بألف بشرط أن يقرضه مائة والمعنى فى ذلك أنه جعل الألف ، ورفق العقد الثانى ثمنا واشتراط العقد الثانى فاسد ، فبطل بعض الثمن وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقى فبطل العقد .

ولو عقد البيع الثانى لم يصح ان جهلا ، أو جهل أحدهما بطلان العقد الأول ، لأنهما أثبتاه على حكم الشرط الفاسد .

فان علما فساد العقد الأول صح .

وسبب فساد الشرط ، كما قاله الغزالى أن انضمام الشرط الى البيع يبقى علقة بعد البيع يثور بسببها منازعة بين المتبايعين فبطل الشرط الا ما استثنى لمعنى .

ولو اشترى زرعا بشرط أن يحصده البائع ، أو ثوبا بشرط أن يخيطه البائع ، وما أشبه ذلك .

فالأصح من طرق ثلاثة بطلان الشراء ، لاشتماله على شرط عمل فيما لم يملكه المشترى

الآن ، لأنه لم يدخل فى ملك المشترى الا بعد الشرط ، وذلك فاسد •

والطريقة الثانية أن فى البيع والشرط القولين الواردين فى الجمع بين بيع واجارة •

فلو قال : آجرتك دارى شهرا وبعتك ثوبى هذا بدينار — صح البيع والاجارة فى الأظهر ، ويوزع المسمى على قيمتهما ، أى قيمة المؤجر من حيث الأجرة ، وقيمة المبيع •

والقول الثانى يبطلان[١] •

والطريقة الثالثة أنه يبطل الشرط ، وأن فى البيع قولى تفريق الصفقة •

ولو قال اشتريته بعشرة واستأجرتك لحصده أو خياطته بدرهم وقبل بأن قال : بعتك وآجرتك صح البيع دون الاجارة ، لأنه استأجره قبل الملك لمحل العمل •

ولو اشترى حطبا على دابة بشرط ايصاله منزله ، لم يصح وان عرف منزله ، لأنه بيع بشرط •

فان أطلق العقد صح ، ولا يجب ايصاله منزله وان اعتيد بل يسلمه فى موضعه[٢] •

وكذلك يفسد البيع اذا اشترط على المشترى ألا يبيعه من فلان أولا يبيعه مطلقا أو الا ينتفع به أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لا يؤجره أو لا يطأها ، أولا يسافر به أولا يسلمه اليه •• أو ما أشبه ذلك ، لأن كل هذه الشروط تنافى مقتضى العقد[٣] • (انظر مصطلح بيع)•

٢ — فى الاجارة : جاء فى مغنى المحتاج : أن للمشترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره كما يجوز أن يؤجر ما استأجره من غيره لكن يشترط أمانة من سلمها اليه ، فلو شرط عليه استيفاءها بنفسه لم يصح ، كما لو باعه عينا وشرط ألا يبيعها[٤] (انظر مصطلح اجارة) •

٣ — فى النكاح : يفسد النكاح باشتراط ما يخالف مقتضاه •

ومن أمثلته : ما اذا اشترط أحد الزوجين خيارا فى النكاح فان النكاح يبطل ، لأن النكاح مبناه على اللزوم ، فشرط ما يخالف قضيته يمنع الصحة •

فان شرط ذلك على تقدير عيب مثبت للخيار قال الزركشى : ينبغى أن يصح ، لأنه تصريح بمقتضى العقد •

وهو مخالف لاطلاق كلام فقهاء المذهب •

ولو شرط أحد الزوجين خيارا فى المهر ، فالأظهر صحة النكاح ، لأن فساد الصداق لا يؤثر فى النكاح ، ولا يصح المهر فى الأظهر بل يفسد ويجب مهر المثل ، لأن الصداق لا يتمحض عوضا ، بل فيه معنى النحلة فلا يليق

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤١ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣١ باب فى البيوع المنهى عنها .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٤ والمجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٣٦٨ .
(٤) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٢٤ .

به الخيار ، والمرأة لم ترض بالمسمى الا بالخيار .

والقول الثانى يصح المهر أيضا .

والقول الثالث : يفسد النكاح أيضا لفساد المهر .

وكذا اذا اشترط فى النكاح ما يؤدى الى الاخلال بمقصود النكاح الأصلى فان النكاح يبطل به ، كأن يشترط ألا يطأها الزوج أصلا ، أو لا يطأها الا مرة واحدة ، مثلا — فى السنة ، أو ألا يطأها الا ليلا فقط ، أو نهارا فقط ، أو أن يطلقها ولو بعد الوطء ، أو اشترط أنها لا ترثه ، أو أنه لا يرثها أو انهما لا يتوارثان ، أو أن النفقة على غير الزوج .

ويستثنى من بطلان النكاح بشرط ألا يطأها ما اذا كانت الزوجة ميئوسا من احتمالها الجماع ، فان العقد لا يبطل بهذا الشرط ، لأنه من قضيته ، وكذا لو لم تحتمله فى الحال فشرط ألا يطأها الى الاحتمال ... وكذا لو علم أنها رتقاء أو قرناء ، وشرطت عليه ذلك ، فانه لا يضر قطعا[1] .

ويبطل النكاح أيضا : اذا نكح الزوج الثانى بشرط أنه اذا وطىء طلقها أو بانت منه ، أو فلا نكاح بينهماوشرط ذلك فى صلب العقد ، وذلك لأنه شرط يمنع دوام النكاح فأشبه التأقيت .

ولو تزوجها على أن يحللها للأول صح كما جزم به الماوردى ، لأنه لم يشرط الفرقة ، بل شرط مقتضى العقد .

ولو تزوجها على ألا تحل له لم يصح ، لاخلاله بمقصود العقد وللتناقض[2] . (انظر مصطلح نكاح) .

٤ — فى الرهن : اذا اشترط فى الرهن ما ينافى مقتضاه فسد الرهن .

ومن أمثلته ما اذا اشترط فى الرهن ما يضر المرتهن وان لم ينتفع به الراهن كشرط ألا يبيعه الا بعد شهر ، أو بأكثر من ثمن المثل ، أو لا يبيعه عند حلول الأجل ، أو يكون مضمونا ، وذلك لاخلال الشرط بالغرض منه .

وان نفع الشرط المرتهن وضر الراهن ، كشرط أن تكون زوائد المرهون أو منفعته للمرتهن بطل الشرط ، لحديث كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل .

وكذا يبطل الرهن فى الأظهر لمخالفة الشرط مقتضى العقد ، كالشرط الذى يضر المرتهن .

والقول الثانى : لا يبطل الرهن بل يلغو الشرط ويصح العقد ، لأنه تبرع فلم يؤثر فيه ذلك كالقرض .

ولو شرط أن تحدث (تصبح) زوائد المرهون كصوفه وثمرته وولده مرهونة ، فالأظهر فساد الشرط ، لأنها معدومة ومجهولة .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢١٢ — ٢١٣ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٧٢ .

والقول الثانى : لا يفسد ، لأن الرهن عند الاطلاق انما لم يتعد للزوائد لضعفه .

فاذا قوى بالشرط سرى واحترز بالزوائد عن الاكساب فان اشتراطها باطل على القولين .

والأظهر أنه متى فسد الشرط المذكور فسد العقد[١] .

ولو شرط كون المرهون مبيعا له عند حلول الأجل فسد الرهن ، لتأقيته والبيع لتعليقه والمرهون قبل الأجل أمانة ، لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد ، وبعده مضمون بحكم الشراء الفاسد[٢] . (انظر مصطلح رهن) .

ه ــ فى الكفالة والضمان : اذا اشترط فى الكفالة ما ينافى مقتضاها بطلت ، كما لو شرط فيها أنه يغرم المال ان فات التسليم ، بأن قال : كفلت بدن فلان بشرط الغرم ، أو على أنى أغرم ، وانما تبطل لأنه شرط ينافى مقتضاها بناء على أنه لا يغرم عند الاطلاق .

والقول الثانى يصح بناء على مقابله .

فان قيل : هلا بطل الشرط فقط ، كما لو أقرضه بشرط رد مكسر عن صحيح ، أو بشرط الخيار للمضمون له .. بجامع أنه زاد خيرا ؟ أجيب : بأن المشروط فى تلك صفة تابعة ، وفى هذه أصل يفرد بعقد والتابع يغتفر فيه ما لا يغتفر فى الأصل[٣] .

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١١٥ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ١٢٩ .
(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٢ .

ولا يجوز شرط الخيار فى الضمان للضامن ، ولا فى الكفالة للكفيل ، لمنافاته مقصودها ، ولا حاجة اليه ، لأن الملتزم فيهما على يقين من الغرر .

أما شرطه للمستحق فيصح ، لأن الخيرة فى الابراء والطلب اليه أبدا ، وشرطه للأجنبى كشرطه للضامن ويبطل الضمان بشرط اعطاء مال لا يحسب من الدين ، وتبطل الكفالة بقوله : كفلت زيدا على أن لى عليك كذا[٤] .

ولا يصح الضمان بشرط براءة الأصيل ــ على الأصح ــ لمنافاة الشرط لمقتضى الضمان ، وكذا لو ضمن بشرط براءة ضامن قبله ، أو كفل بشرط براءة كافل قبله .

والوجه الثانى : يصح الضمان والشرط لما رواه جابر فى قصة أبى قتاده[٥] للميت قال : فجعل النبى صلى الله عليه وسلم يقول : هما[٦] عليك وفى مالك والميت منهما برىء « فقال : نعم فصلى عليه ، قال الحاكم : صحيح الاسناد .

وأجاب الأولون بأن المراد بقوله (برىء) انما هو فى المستقبل .

(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ١٩٣ .
(٥) ورد فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة فقال : هل ترك شيئا ؟ قالوا : لا ، قال هل عليه دين ؟ قالوا ثلاثة دنانير ،فقال صلوا على صاحبكم ، قال أبو قتاده صلى عليه يا رسول الله وعلى دينه فصلى عليه
(٦) وهذه رواية أخرى .

والوجه الثالث : يصح الضمان فقط ويبطل الشرط ، كما لو أعتق عبدا بشرط أن يعطيه[١] شـيئا .

ولو شرط الضامن فى ابتداء الضمان أن يرهنه الأصيل شيئا ، أو يقيم له به ضامنا فسـد الضمان لفساد الشرط[٢] . (انظـر مصطلح كفالة وضمان) .

٦ ــ فى الحوالة : واذا اقترنت الحـوالة بشرط يخالف مقتضاها بطلت .

جاء فى مغنى المحتاج : ويبرا بالحوالة المحيل عن دين المحتـال والمحـال عليـه عن دين المحيل ، ويتحول حق المحتال الى ذمة المحـال عليه ، فان تعذر أخذه من المحال عليه بفلس أو جحد (منه للدين أو للحوالة) وحلف ، لم يرجع المحتال على المحيل .

فلو شرط عليـه الرجـوع بشىء من ذلك لم تصح الحوالة فى أحد أوجه رجحه الأزرعى وغيره ، وهو ظاهر ، لاقترانها بشرط يخـالف مقتضـاها[٣] .

٧ ــ فى الشركة : اذا اقترنت الشركة بمـا يخالف مقتضاها فسدت .

ومن أمثلة ذلك فى شركة العنـان (انظـر مصطلح العنان) ما اذا اشترطا التسـاوى فى الربح والخسران مع التفـاضل فى المـالين ، أو التفاضل فى الربح والخسران مع التساوى فى المالين فسد العقد ، لأن هذا الشرط مخالف لموضوع الشركة ، لأن موجبها أن يكون الربح والخسران على قدر المالين ، اشترطا ذلك أو لم يشترطاه[٤] .

وكذلك لا يتصرف الشريك الا فى نصـيبه ما لم يأذن الآخر له فيتصرف فى الجميع .

فان شرط ألا يتصرف أحـدهما فى نصيب نفسه لم يصح العقد ، لمـا فيه من الحجر على المالك فى ملكه ، ومتى عين له جنسا أو نوعا لم يتصرف[٥] فى غيره (انظر مصطلح شركة) .

٨ ــ فى المساقاة : واذا اشترط فى المساقاة ما ينافى مقتضاها لم تصح ، كما لو شرط على العامل ما ليس من جنس أعمال المساقاة وهو ما لم تجر العادة به ، كحفر بئر ، لأنه استئجار بعوض مجهول ، واشتراط عقد فى عقد .

ويشترط أيضـا لصحة المساقاة ألا يشترط على المالك فى العقد ما على العامل .

فلو شرط السقى على المالك بطل العقد .

وكـذا يشترط لصحتها أن ينفرد العـامل بالعمل .

فلو شرط عمل المالك معه فسد .

وكذا يشترط أن ينفرد العـامل باليـد فى الحديقة .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٩٤ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٩٥ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ١٨٢ .
(٤) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٠ ــ ٢٠١ .
(٥) نفس المرجع ج ٢ ص ١٩٨ .

فلو شرط كونها فى يد المالك أو بيدهما لم يصح[1] .

وكذا لو اشترط بعض الثمر لغيرهما أو اشترط كل الثمر لأحدهما فانه لا يجوز ، لأنه يشترط فيها تخصيص الثمر بهما[2] (انظر مصطلح مساقاة) .

٩ ــ القراض : اذا اشترط فى القراض ما ينافى مقتضاه فانه لا يجوز ، كما لو شرط كون المال فى يد المالك أو غيره ، ليوفى منه ثمن ما اشتراه العامل .

ولا يجوز أن يشترط مراجعته ــ أى المالك ــ فى التصرف ، لأنه قد لا يجده عند الحاجة .

ولا يجوز شرط عمل المالك مع العامل لأن انقسام التصرف يفضى الى انقسام اليد ، وكذا لو شرط كون المال تحت يد وكيله وأن يكون معه مشرف مطلع على عمله من غير توقف فى التصرف على مراجعته لم يصح ، أخذا من التعليل السابق .

ولا يجوز أن يشرط عليه شراء متاع معين أو نوع يندر وجوده ، أو معاملة شخص بعينه ، كما لو قال له لا تبع الا لزيد ، أو لا تشتر الا منه لاخلاله بالمقصود .

ولا يجوز أن يشترط شىء من الربح لثالث . لأنه يشترط اختصاصهما بالربح ، الا عبدا للمالك أو عبدا لعامل ، لأن ما شرط له يضم لسيده .

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٠٣ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٠١ .

ولو قال للعامل قارضتك على أن كل الربح لك ، فقراض فاسد فى الأصح نظرا للفظ .

وقيل : قراض صحيح .

وان قال على أن كل الربح لى ، فقراض فاسد فى الأصح .

وقيل : هو ابضاع أى توكيل بلا جعل ، والابضاع بعث المال مع من يتجر فيه متبرعا .

ويجرى الخلاف فيما لو قال أبضعتك على أن نصف الربح لك أو كله لك ، هل هو قراض فاسد أو ابضاع[3] (انظر مصطلح قراض) .

١٠ ــ العارية : اذا اشترط فى العارية ما يخالف مقتضاها تفسد ، فلو قال : أعرتك فرسى على أن تعلفها[4] بعلفك أو لتعيرنى فرسك ، فهو اجارة فاسدة ، لجهالة العلف فى الأولى ، وللعوض فى الثانية ، والاجارة الفاسدة توجب أجرة المثل اذا مضى بعد قبضه زمن لمثله أجرة .

وقيل : انه عارية فاسدة نظرا للفظ فلا تجب الأجرة وأما العين فمضمونة على الثانى دون الأول ، وهذا عند جهل العوضين .

أما لو قال أعرتكها شهرا من الآن بعشرة أو لتعيرنى فرسك سنة من الآن ففيه وجهان .

(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ .
(٤) وهذا بناء على أن نفقة المستعار ليست على المستعير بل هى على المالك لانها من حقوق الملك والا لم يكن شرطه مفسدا وان كان فى تعليق القاضى حسين انها على المستعير .

أحدهما : أنه اجارة صحيحة نظرا للمعنى .

والثانى : اعارة فاسدة نظرا للفظ(١) . (انظر مصطلح عارية) .

١١ — الوقف : اذا اشترط فى الوقف ما ينافى مقتضاه بطل كما لو قال : وقفت هذا على كذا سنة مثلا لفساد الصيغة .

ولو وقف بشرط الخيار لنفسه فى ابقاء وقفه والرجوع فيه متى شاء أو شرطه لغيره أو شرط عوده اليه بوجه ما كأن شرط أن يبيعه أو شرط أن يدخل من شاء ويخرج من شاء ، بطل على الصحيح ، قال الرافعى : كالعتق والهبة .

ومقابل الصحيح يصح الوقف ويلغو الشرط كما لو طلق على ألا رجعة له(٢) (أنظر مصطلح عارية) .

النوع الثالث : شرط يؤدى الى جهالة ومن أمثلته :

١ — فى البيع : اذا اشترط فى البيع ما يؤدى الى جهالة لم يصح ، كما لو باع دابة واشترط وضع الحمل خلال شهر مثلا أو أنها تدر كل يوم صاعا مثلا ، لأن ذلك غير مقدور عليه فيهما وغير منضبط فى الثانية فصار كما لو شرط فى العبد المبيع أن يكتب كل يوم عشر ورقات مثلا(٣) . (انظر مصطلح بيع) .

٢ — فى الاجارة : اذا شرط فى الاجارة ما يؤدى الى جهالة فسدت ، كما لو استأجر بعيرا واشترط حمل المعاليق مطلقا من غير رؤية ولا وصف : (والمعاليق ما يعلق على البعير كسفرة(٤) وقدر وقصعة) فسد العقد فى الأصح لاختلاف الناس فيها ، فربما قلت وربما كثرت، والقول الثانى يصح ويحمل على الوسط المعتاد . (انظر مصطلح اجارة)(٥) .

٣ — فى الهبة : اذا اشترط فى الهبة ثواب (عوض) مجهول كما لو قال وهبتك هذا الشىء بثوب فالمذهب بطلان العقد لتعذر صحته بيعا لجهالة العوض ، ولتعذر صحة هبته لذكر الثواب ، بناء على أنها لا تقتضيه .

وقيل يصح هبته بناء على أنها تقتضيه(٦) .

النوع الثانى : الشروط الفاسدة التى تسقط ويصح التصرف ويندرج تحته الشروط الآتية :

الأول : اشتراط مالا غرض فيه .

ومن أمثلته : ١ — فى البيع : اذا اشترط فى البيع مالا غرض فى اشتراطه ، فانه يلغو الشرط ويصح العقد ، وذلك كما لو اشترط على المشترى ألا يأكل العبد المبيع الا كذا كهريسة أو لا يلبسه الا كذا كحرير ، صح العقد ولغا الشرط ، لأن ذكر هذا الشرط لا يورث تنازعا فى الغالب فذكره فيه لغو، وهذا ما جزم به النووى فى المجموع .

وليست هذه الصورة من قبيل الالزام بما لا يلزم حتى يبطل بها البيع ، لأن السيد يلزمه

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤٧ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٥٥ .
(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤ .
(٤) السفرة طعام يتخذ للمسافر .
(٥) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٣١٧ .
(٦) نفس المرجع حـ ٢ ص ٣٧٥ .

فى الجملة نفقة الرقيق ، ونفقته مقدرة بالكفاية وقد شرط عليه أداؤها من أحد الأنواع التى تتأدى هى ببعضها فيصح ، ولا يلزمه الوفاء به ، لأن الواجب احدها فأشبه خصال الكفارة لا يتعين أحدها بالتعيين[١] .. (انظر مصطلح بيع) .

٢ ــ فى النكاح : واذا اشترط فى عقد النكاح مالا يوافق مقتضاه ولم يتعلق به غرض كما لو اشترط ألا تأكل الا كذا لغا الشرط وصح العقد ، وذلك لأنه لا فائدة منه[٢] .

٣ ــ فى الرهن واذا اشترط فى الرهن مالا غرض فيه كألا يأكل الرقيق المرهون الا كذا لغا الشرط وصح العقد[٣] (انظر مصطلح نكاح) .

النوع الثانى : شرط يخالف مقتضى العقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى النكاح : اذا خالف الشرط مقتضى عقد النكاح ولم يخل بمقصوده الأصلى وهو الوطء ، كشرط ألا يتزوج عليها ، أو ألا نفقة لها صح النكاح ، لعدم الاخلال بمقصوده وهو الوطء ، وفسد الشرط سواء أكان الشرط للمرأة كالمثال الأول أم عليها ، كالمثال الثانى لقوله عليه الصلاة والسلام : كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل[٤] .

٢ ــ فى الهبة : جاء فى مغنى المحتاج أنه لو قال أعمرتك هذه الدار فاذا مت عادت الى أو الى وارثى ، فهى هبة واعمار صحيح فى الأصح ، وبه قطع الأكثرون كما فى الروضة ويلغو ذكر الشرط ، لاطلاق الأحاديث الصحيحة ــ ومنها خبر مسلم أيما رجل أعمر عمرى فانها للذى أعطيها لا ترجع الى الذى أعطاها .

فان قيل : هذا شرط فاسد ، فهلا بطلت العمرى كالبيع ؟ أجيب : بأن شروط البيع تقابل ببعض الثمن ، فاذا بطلت يسقط ما يقابلها فيصير الثمن مجهولا ، فيبطل والعمرى لا ثمن فيها ، فلذلك صحت وبأن هذا الشرط يقتضى فسخا منتظرا ، ولا يضر ذلك الهبة بدليل هبة الأب لابنه ويضر البيع . وهذا على الجديد .

وعلى القديم يبطل العقد بفساد الشرط[٥] .

٤ ــ مذهب الحنابلة :

القسم الأول ــ الشروط الصحيحة ويندرج تحت هذا القسم الشروط الآتية :

الأول : اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط المشترى صفة فى المبيع ككون العبد كاتبا أو فحلا أو خصيا أو ذا صنعة بعينها أو مسلما أو الأمة بكرا أو أنها تحيض ، أو اشترط الدابة هملاجة[٦] ، أو لبونا أو غزيرة اللبن ، أو الفهد

(١) معنى المحتاج ﺣ ٢ ﺣ ٣٣ ــ ٣٤ .
(٢) نفس المرجع ﺣ ٢ ﺣ ٢١٢ .
(٣) نفس المرجع ﺣ ٢ ﺣ ١١٥ .
(٤) نفس المرجع ﺣ ٣ ﺣ ٢١٢ .

(٥) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٦٩ ــ ٣٧٠ .
(٦) الهملجة : مشية سهلة فى سرعة .

صيودا ، أو الطير مصوتا ، أو يبيض ، أو يجيء من مسافة معلومة أو الأرض خراجها كذا ، صح الشرط وكان لازما ، لأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك ، فلو لم يصح اشتراط ذلك لفاتت الحكمة التى شرع البيع لأجلها ، يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » فان وفى بالشرط لزم البيع ، وان لم يف كان لمن فات شرطه الخيار بين الفسخ لفوات الشرط وبين الامضاء مع أخذ أرش عوض فقد الصفة التى شرطها الحاقا له بالعيب ، فان تعذر الرد تعين له أرش فقد الصفة كالمعيب اذا تلف عند المشترى ولم يرض بعيبه .

فان اشترط صفة فبانت أعلى مما شرط كما لو شرط العبد كافرا فبان مسلما ، أو الأمة ثيبا فبانت بكرا ، فلا فسخ له ، لأنه زاده خيرا كما لو شرط العبد كاتبا فبان عالما أيضا[1] . (انظر مصطلح بيع) .

٢ — فى النكاح : اذا اشترط فى النكاح صفة مقصودة فى محل العقد كان الشرط صحيحا ، وذلك كما لو تزوج رجل امرأة على أنها مسلمة فبانت كتابية ، أو قال الولى : زوجتك هذه المسلمة فبانت كافرة ، فله الخيار فى فسخ النكاح ، لأنه شرط صفة مقصودة فبانت بخلافها ، فأشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمه .

أما ان بانت الصفة أعلى مما شرط فانه لا خيار له ، لأن ذلك زيادة خير فيها ، كما لو شرطها أو ظنها كافرة فبانت مسلمة وان شرطها بكرا فبانت ثيبا ، أو شرطها جميلة أو نسيبة أو شرطها بيضاء أو طويلة أو شرط نفى العيوب التى لا يفسخ بها النكاح ، كالعمى والخرس والصمم والشلل ونحوه فبانت بخلافه فله الخيار ، لأنه شرط وصفا مقصودا ، ففات هذا الوصف ، كما لو شرطها حرة فبانت أمة ، ولا شىء على الزوج ان فسخ قبل الدخول ، لأنه فسخ قبل الدخول بسبب من جهتها ، وأما بعد الدخول فانه يرجع بالمهر على الغار له ، للغرور سواء كان منها أو من وليه أو وكيله[2] . (انظر مصطلح نكاح) .

الثانى : شرط يقتضيه العقد : اذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطا يقتضيه العقد ، صح العقد والشرط ، وذلك لأن وجود الشرط وعدمه سواء ، ولأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد[3] .

ومن أمثلته : ١ — فى البيع : اذا اشترط فى عقد البيع التقابض أو حلول الثمن ، أو تصرف كل واحد من المتبايعين فيما يصير اليه من ثمن ومثمن أو رد المبيع بعيب قديم فان هذا الشرط لا يؤثر ذكره فى العقد[4] . (انظر مصطلح بيع) .

٢ — فى النكاح : وكذا اذا اشترط فى عقد النكاح ما يقتضيه العقد ، صح العقد والشرط ، وذلك كاشتراط تسليم الزوجة الى الزوج ،

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧ .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٧ ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٧٤ — ٧٥ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٦ .
(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٦ ، ٣٧

وتمكينه من الاستمتاع بهـا وتسليمها المهر ، وتمكينها من الانتفاع بـه ، وذلك لأن وجود الشرط كعدمه ، لأن العقـد يقتضى ذلك[١] . (انظر مصطلح نكاح) .

٣ ــ فى الرهن : اذا اشترط فى الرهن مـا يوافق مقتضاه صح الرهن والشرط ، جاء فى كشاف القناع : أنه لو شرط فى الرهن أن يبيع المرتهن أو العـدل الرهن عنـد حلول الحق ، صح شرطه ، لأن ما صح توكيل غيرهما فيـه صح توكيلهما فيه ، كبيع عين أخرى ولم يؤثر ذلك الشرط فى عقد الرهن فسادا كسائر الشروط الصحيحة فى سـائر العقود ، وكذا كل شرط يوافق مقتضىالعقـد ولم ينافه ، سواء كان العقد رهنـا أو غيره ، فلو أعاره شيئا ليرهنه الى أجل على دين جـاز ، يعنى أنه شرط على المرتهن ألا يباع قبل الأجل المسمى ، فرهنه على ذلك صح الرهن .

وظاهر كلام القاضى فى المجرد أنه لا يصح ، قاله المجـد فى شرح الهـداية[٢] . (انظـر مصطلح رهن) .

٤ ــ فى الكفالة : جـاء فى كشاف القناع : أنه اذا علم الكفيل موضع المكفول به ، ومضى اليه ولم يحضره أما لتوان ، أو لهرب المكفول به .. أو لامتناعه .. بحيث تعذر احضـاره مع حياته ، لزم الكفيل ما عليـه من الدين ، لعموم قول الرسول عليـه السـلام « الزعيم غارم » ولأنها أحد نوعى الكفالة فوجب الغرم بها كالكفالة بالمال ، ولا يسقط عن الكفيل المال باحضار المكفول به بعد الوقت المسمى الا اذا اشـترط الكفيـل البـراءة من الدين ، فاذا اشترطها فانه لا يلزم بالدين عمـلا بشرطه لحـديث المسلمون على شروطهم ، ولأنه انما التزم الكفالة على هذا الشرط فلا يلزمه سوى ما اقتضاه التزامه .

وكذا يلزم الكفيل عوض العين الملزوم بهـا اذا تعـذر احضار المكفول به ليسلمها اذا لم يشرط الكفيل ألا مال عليـه بتلفها أى بسبب تعـذر ردها لتلفها بفعل آدمى ، أو هربه بهـا ونحـوه .

وأما اذا تلف بفعـل الله فان الكفيل يبـرأ بذلك كموت المكفول به فان اشـترط الكفيل البراءة برىء[٣] .

الثالث : شرط يؤكد موجب العقـد ، ومن أمثلته :

١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيـع رهن معين بالثمن أو ببعضه ، ولو كان الرهن هـو نفس المبيع كما لو قال : بعتك هـذا على أن ترهنه على ثمنه ، فقـال : اشتريت ورهنتك صح الشراء والرهن .

وكـذا ان اشـترط ضمينا معينا بالثمن ، أو ببعضه صح العقـد والشرط[٤] . (انظر مصطلح بيع)

---

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٥٢ ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٦٧ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٦٥ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨٣ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ١١٧ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٢٢ .

٢ ــ فى القرض : يجوز فى القرض اشتراط الرهن والضمين لأنه عليه الصلاة والسلام : استقرض من يهودى شعيرا ورهنه درعه « متفق عليه ، وما جاز فعله ، جاز شرطه ، ولأنه يراد للتوثق بالحق وليس ذلك بزيادة ، والضمان كالرهن ، فلو عينهما وجاء بغيرهما لم يلزم المقرض قبوله ، وان كان ما أتى به خيرا من المشروط ، وحينئذ يخير بين فسخ العقد وبين امضائه بلا رهن ولا كفيل[١] .

(انظر مصطلح قرض) .

الرابع :شرط أجاز الشرع اشتراطه ومن أمثلته :

١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع صفة فى الثمن ، كتأجيله ، أو تأجيل بعضه الى وقت معلوم[٢] . أو اشترط الخيار مدة معلومة[٣] صح البيع والشرط .

وكذا لو اشترط البائع على المشترى عتق العبد المبيع ، فانه يصح البيع والشرط ، لحديث بريرة : وقد تقدم ذكره فى مذهب الحنفية والمالكية والشافعية ويجبر المشترى على العتق ان امتنع ، لأنه حق لله تعالى ، فان امتنع المشترى من عتقه أعتقه الحاكم عليه ، لأنه عتق مستحق عليه ، لكونه قربة التزمها كالنذر وكما يطلق على المولى .

وان باعه المشترى بشرط العتق لم يصح صححه الأزجى فى نهايته ، لأنه يتسلسل ، ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة كما لو نذر عتق عبد ، فانه لا يصح بيعه ووافقه ابن رجب فى قواعده[٤] .

الخامس : شرط يحقق مصلحة ومن أمثلته :

١ ــ فى البيع : اذا اشترط البائع فى المبيع نفعا مباحا معلوما غير الوطء ودواعيه كسكنى الدار المبيعة شهرا ، أو أقل منه أو أكثر ، وكحملان البعير (ونحوه) الى موضع معلوم صح لما روى جابر أنه كان يسير على جمل قد أعيا فضربه النبى صلى الله عليه وسلم فسار سيرا لم يسر مثله فقال بعنيه « فبعته واستثنيت حملانه الى أهلى » متفق عليه يؤيده أنه عليه السلام نهى عن الثنيا (الاستثناء) الا أن تعلم ، وهذه معلومة وأكثر ما فيه تأخير تسليمه مدة معلومة فصح، كما لو باعه أمة مزوجة ، أو دارا مؤجرة ونحوهما،وكحبس المبيع الى أن يستوفى الثمن، وخبر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط أنكره أحمد ، وقال لا نعرفه مرويا فى مسنده . ونفقة المبيع المستثنى نفعه مدة الاستثناء الذى يظهر أنها على البائع لأنه مالك المنفعة حينئذ ، لا من جهة المشترى كالعين الموصى بنفعها لا كالعين المؤجرة والمعارة أما وطء الأمة المبيعة ودواعيه فلا يصح استثناؤه ، لأن ذلك لا يباح الا بملك أو نكاح وقد[٥] انتفيا .

وكذلك يصح أن يشترط المشترى نفع البائع فى المبيع كاشتراطه عليه حمل الحطب المبيع

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ١٣٩ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٧ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٠ ــ ٤١ .
(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨ .

أو تكسيره أو خياطة ثوب مبيع ، أو تفصيله أو حصاد زرع مبيع ، أو جز رطبة مبيعة أو ضرب قطعة حديد اشتراها منه سيفا ، أو نحو ذلك ، لأن غاية هذا الشرط أنه جمع بيعا واجارة وهو صحيح ان كان النفع معلوما ، ولزم البائع فعله وفاء بالشرط .

فلو اشترط المشترى على البائع حمل المبيع الى منزله والبائع لا يعرف المنزل ، لم يصح الشرط ، كما لو استأجره لذلك ابتداء قاله فى شرح المنتهى ، وظاهره صحة البيع ويثبت له الخيار[١] . (أنظر مصطلح بيع) .

٢ ــ فى الاجارة : اذا اشترط فى الاجارة شرط يحقق غرضا صح الشرط ولزم الوفاء به ، وذلك كما لو اكترى دابة ليركبها عريا ، لم يجز له أن يركبها بسرج ، لأنه زائد عما عقد عليه ، وان اكتراها ليركبها بسرج فليس له ركوبها عريا ، لأنه يحمى ظهرها فربما أفسده[٢] .

وكذا اذا اشترط المستأجر على الأجير مباشرة العمل بنفسه صح الشرط ولا يجوز له استنابة غيره لوجود[٣] الشرط .

وكذا اذا اشترط المؤجر على المستأجر ألا يسير بالعين المستأجرة فى الليل أو ألا يسير بها وقت القائلة أو ألا يتأخر بها عن القافلة أو ألا يجعل سيره فى آخرها واشباه هذا مما فيه غرض ، صح الشرط ولزم الوفاء به .

فان خالف المستأجر ضمن لمخالفته الشرط الصحيح ، كما لو شرط عليه ألا يحملها الا قفيزا فحملها قفيزين[٤] .

واذا قال رب ثوب لخياط ان كان الثوب يكفينى قميصا فاقطعه وفصله فقال الخياط يكفيك ففصله الخياط ولم يكفه ضمن أرش تقطيعه ، لأنه انما أذنه فى قطعه بشرط كفايته فقطعه بدون شرط[٥] .

واذا اكترى أرضا لزرع مدة لا يكمل ذلك الزرع فيها عادة ، وشرط المستأجر قلعه بعد مدة الاجارة صح العقد والشرط ، لأنه لا يفضى الى الزيادة على مدة ، وقد يكون له غرض فى ذلك لأخذه قصيلا أو غيره ، ويلزمه ما التزم[٦] .

٣ ــ فى المزارعة والمساقاة : يصح اشتراط الجذاذ على العامل ، لأنه شرط لا يخل بمقصود العقد ، فصح كتأجيل الثمن وشرط الرهن والضمين فى البيع وان لم يشترط كان على العامل ورب المال بقدر حصتيهما ، لأنه انما يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فأشبه نقل الثمرة الى المنزل .

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨ ــ ٣٩ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٢٤ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٠٤ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٣١٢ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٣١٦ .
(٥) نفس المرجع ج ٢ ص ٣١٧ .
(٦) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٢١ .

وقيل : يكون الجذاذ على[1] العامل •
(أنظر مصطلح مزارعة ومساقاة) •

٤ ـ فى الشركة : يصح فى الشرط أن يشترط على الشريك ألا يتجر الا فى نوع معين من المتاع كالحرير والبز وثياب الكتان ونحوها ـ سواء كان مما يعم وجوده أولا •• أو ألا يتجر الا فى بلد بعينه كمكة ونحوها أو ألا يبيع الا بنقد كذا ، كدراهم ودنانير صفتها كذا ، أو ألا يسافر بالمال أو ألا يبيع الا من فلان ، أو ألا يشترى الا من فلان فهذا كله صحيح سواء كان الرجل مما يكثر المتاع عنده أو يقل ، لأن الشركة تصرف باذن فصح تخصيصها بالنوع والبلد والنقد والشخص كالوكالة[2] •

٥ ـ فى النكاح : اذا اشترط فى عقد النكاح شرط يحقق منفعة للمرأة ولا ينافى مقتضى العقد ، صح الشرط كما لو اشترطت المرأة زيادة معلومة فى مهرها أو فى نفقتها الواجبة ، أو اشترطت كون مهرها من نقد معين أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها أو ألا يسافر بها أو ألا يفرق بينها وبين أبويها أو ألا يفرق بينها وبين أولادها ، أو على أن ترضع ولدها الصغير أو ألا يتزوج عليها ولا يتسرى ، أو شرط لها طلاق ضرتها ، أو بيع أمته ، فهذا النوع من الشرط صحيح يلزم الزوج الوفاء به وقد روى ذلك عن عمر وسعد بن أبى وقاص ومعاوية ابن أبى سفيان وعمرو بن العاص •

ويؤيده حديث « ان أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » متفق عليه ، وحديث المسلمون على شروطهم •

وروى الأثرم باسناده : أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها ، فخاصموه الى عمر ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : اذا يطلقننا ، فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط •

ولأنه شرط لها منفعة مقصوده لا تمنع المقصود من النكاح فكان لازما ، كما لو اشترطت كون المهر من غير نقد البلد •

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » فمعناه ليس فى حكم الله وشرعه وهذا مشروع •• وهذا الشرط فيه مصلحة للمرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد كاشتراط الرهن فى البيع[3] • ويسن الوفاء بالشرط الصحيح ، ولا يجب لأن عمر لم يجبره بل قال : لها شرطها •

فان لم يف الزوج لها بشرطها فلها الفسخ ، لما تقدم عن عمر ، لأنه شرط لازم فى عقد ، فثبت لها حق الفسخ

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٧٦ ، ومنتهى الارادات ، ج ٢ ص ٢٤٠ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٧ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٢٠٥ .
(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٢ ـ ٥٣ .

بترك الوفاء به كاشتراط الرهن والضمين[١] فى البيع •

٦ — فى العارية : اذا أعار الأرض لغرس أو بناء وشرط المعير على المستعير قلع ما غرسه أو بناه فى وقت معين ، أو عند رجوعه ، لزم المستعير قلع ما غرسه أو بناه عند الوقت الذى ذكراه ، أو عند رجوع المعير ولو لم يأمره بالقلع لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » قال فى الشرح حديث صحيح ، ولأن المستعير دخل فى العارية راضيا بالتزام الضرر الذى دخل عليه ، ولا يلزم رب الأرض نقض الغراس والبناء ، ولا يلزم المستعير تسوية الأرض اذا حصل فيها حفر لرضى المعير بذلك الا أنه اذا اشترط المعير عليه ذلك ، لزم المستعير ما اشترط عليه لدخوله على ذلك •

وان لم يشترط المعير على المستعير القلع لم يلزمه الا أن يضمن المعير له النقص ، لمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » والمستعير انما حصل غراسه أو بناؤه فى الأرض باذن ربها ولم يشترط عليه قلعه ، فلم يلزمه لدخول الضرر عليه بنقص قيمة ذلك ولأن العارية عقد ارفاق ومعونة والزامه بالقلع مجانا يخرجه الى حكم العدوان والضرر •

قال المجد بن تيمية فى شرحه • ومتى أمكن القلع من غير نقص أجبر عليه المستعير[٢] (انظر مصطلح عارية) •

٧ — فى الوقف : يصح اشتراط كلما لايؤدى الى الاخلال بالمقصود الشرعى للوقف ، فلو وقف على جماعة كأولاده أو قبيلة كذا واستثنى زيدا لم يكن له شىء وكذا لو خص الموقوف عليهم بصفة كما لو وقف على أولاده الفقهاء أو المشتغلين بالعلم فانه يختص بهم فلا يشاركهم[٣] من سواهم •

وان وقف الانسان على غيره — كأولاده أو مسجد — واستثنى كل الغلة لنفسه أو وقف على مسجد ونحوه واستثنى الغلة لولده أو غيره مدة حياته أو مدة معينة ، أو استثنى الأكل مما وقفه ، أو استثنى النفقة عليه وعلى عياله مما وقفه ، أو شرط الانتفاع لنفسه وعياله ونحوهم ولو كان الانتفاع بسكنى مدة حياتهم ، أو شرط أن يطعم صديقه صح الوقف ، سواء قدر ما يأكله هو أو عياله أو صديقه ونحوه ، أو أطلقه لقول عمر رضى الله عنه لما وقف : لا جناح على من وليها أن يأكل منها ، أو يطعمه صديقا غير متمول فيه • وكان الوقف فى يده الى أن مات •

فلو مات الواقف المشروط له السكنى ونحوها فى أثناء المدة المعينة للسكنى

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٢ — ٥٣ . ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٦٧ — ٦٩ .

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٣٣ — ٣٣٤.

(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٥١ .

فلورثته السكنى ونحوها باقى المدة ، ولهم اجارتها للموقوف عليه ولغيره كما لو باع دارا واستثنى سكناها سنة[١] .

وكذا يجب العمل بالشرط أن اشترط عدم ايجار الوقف وقدر المدة ، كما لو شرط ألا يؤجر أكثر من سنة لم تجز الزيادة عليها ، لكن عند الضرورة يزاد بحسبها ، وعليه العمل .

ونقل عن أبى العباس : أن الشروط انما يلزم الوفاء بها اذا لم تفض الى الاخلال بالمقصود الشرعى ، ولا يجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود الشرعى بها ، فمن شرط فى القربات أن يقدم فيها الصنف المفضول ، فقد شرط خلاف شرط الله كشرطه فى الأمامة تقديم غير الأعلم[٢] .

٨ ــ الهبة : يصح فى الهبة أن يشترط بعض منافع الشىء الموهوب وتكون لمن شرطت له كما لو وهب دارا ونحوها واستثنى نفعها مدة معلومة كالبيع ، كما يصح أن يهب أمة ويستثنى ما فى بطنها كالعتق[٣] (أنظر مصطلح هبة) .

٩ ــ فى الحوالة : يصح اشتراط ما يحقق مصلحة فى عقد الحوالة .

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٤٤ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٥١
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٥ .

ومن أمثلته ما لو رضى المحتال بالحوالة واشترط فى المحال عليه اليسار ، صح الاشتراط لحديث : المسلمون على شروطهم ، ولأنه شرط فيه مصلحة للعقد فى عقد معاوضة فكان كشرطه صفة فى البيع .

فان بان معسرا فله الرجوع على المحيل لفوات شرطه[٤] (انظر مصطلح حوالة) .

القسم الثانى : الشروط الباطلة : وهذه الشروط منها ما يبطل العقد ، ومنها ما لا يبطله بل يسقط الشرط ويصح العقد ونوضح كلا منهما فيما يأتى :

النوع الأول : الشروط الباطلة التى تبطل العقد ، وهى :

الأول : اشتراط عقد فى عقد :

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط أحد المتبايعين على الآخر عقدا آخر ، كشرط بيع آخر ، مثل أن يقول بعتك هذه الدار على أن تبيعنى هذه الفرس ، أو شرط سلف ، مثل أن يقول بعتك هذه على أن تقرضنى كذا ، أو شرط اجارة ، كقوله بعتك هذه على أن تأجرنى دارك بكذا ، أو شرط شركة كعلى أن تشاركنى فى كذا ، أو صرف ثمن كبعتك هذه بعشرة دنانير على أن تصرفها بمائة درهم أو شرط صرف غير الثمن كبعتك هذا الثوب على أن تصرف لى هذه الدنانير بدراهم ، فاشتراط

(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ١٨٨ .

هـذا النـوع من الشروط يبطـل البيـع ، لأنه بيعتـان فى بيعــه ، والنبى صـلى الله عليـه وسـلم : نهى عن بيعتين فى بيعـه والنهى يقتضى الفســاد ، قـاله الامـام أحمــد .

ويقـاس على ذلك كل ما كان فى معنى هذه الشروط مثـل أن يقـول بعتك دارى بكذا على أن تزوجنى ابنتـك ، أو على أن أزوجك ابنتى ، وكذا على أن تنفق على دارى ، أو حصتى من ذلك قرضـا أو مجـانا وقـد قال ابن مسـعود رضى الله عنـه « صفقتان فى صـفقة ربا » ولأنه شرط عقـدا فى آخر فلم يصـح كنكاح الشـغار[1] ، (انظـر مصطلح بيع) .

٢ ــ فى القرض : اذا اشترط المقرض أو المقترض على الآخـر أن يبيعـه شـيئا أو يؤجره أو يقرضـه لم يجـز ذلك ، لأنه كبيعتين فى بيعـه المنهى عنـه ، ولأنه كشرط المقـرض زيادة وهـدية وشرط ما يجـر نفعـا نحـو أن يسـكنه المقترض داره مجـانا أو رخيصـا أو يقبضـه خـيرا منه فان هـذا لا يجـوز لأن القرض عقـد ارفاق وقربة ، فاذا شرط فيـه الزيادة أخرجه عن موضـوعه .. وكشرط المقــرض عـلى المقترض أن يبيعـه شـيئا يرخصـه عليـه أو يعمـل له عمـلا أو ينتفـع بالرهن أو يسـاقيه على نخـل أو يزارعه على ضيعة

(١) منتهى الارادات ج ٢ ص ٢٥ وكشـاف القناع ج ٢ ص ٤٠ .

أو يسـكنه المقـرض عقـارا بزيـادة على أجـرته أو يبيعـه شـيئا بأكثر من قيمته أو يستعمله فى صنعة ويعطيه أنقص من أجـرة مثله ونحـوه من كل ما فيـه جـر منفعـة فلا يجوز[2] .

٣ ــ فى الاجارة : ويعتبر من قبيـل بيعتين فى بيعـه ما جـاء فى كشاف القنـاع من أنه لو دفـع ثوبـا لخيـاط وقال لـه : ان خطته اليوم فبدرهم وان خطتـه غـدا فبنصفه .. أو قال أجرتك الدار بدرهم نقدا أو درهمين نسـيئة .. أو دفع أرضـه الى زارع وقال ان زرعتهـا برا فبخمسـة وان زرعتهـا ذرة فبعشرة ونحـوه لم يصـح وله أجـر مثله .. لأنه من قبيـل بيعتين فى بيعـة المنهى[3] عنه .

٤ ــ فى المساقاة : وكذا اشتراط عقـد فى عقـد المساقاة يبطلها .

جاء فى كشاف القناع أنه لو قال سـاقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على البستان الآخر بالربع لم يصـح ، لأنه كبيعتين فى بيعة المنهى عنه[4] » .

٥ ــ فى الشركة والمضاربة : اذا اشترط فى هذين العقدين عقد آخر ، كمـا اذا شرط عليـه قرضـا أو مضـاربة أخـرى ، فان هـذه الشروط تكون فاسـدة لأنهـا ليست

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٤٠ .
(٣) منتهى الارادات هامش كشاف القنـاع ج ٢ ص ٢٥٥ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٨١ .

من مصلحة العقد ولا من مقتضاه فأشبهت ما ينافيه ولا تفسد العقد ، لأن الشركة والمضاربة عقد على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح ، وهذا ما صححه فى الانصاف وغيره .

لكن مقتضى القواعد أنه اذا شرط عليه ذلك يفسد العقد ، لأنه كبيعتين فى بيعة المنهى عنه[1] .

٦ — فى النكاح : من الشروط الفاسدة التى تفسد عند النكاح نكاح الشغار وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما سكتا عنه أو شرطا نفيه ولو لم يقل : وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى وكذا لو جعلا بضع كل واحدة ودراهم معلومة مهرا للأخرى لما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق » متفق عليه . ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا فى الآخر فلم يصح ، كما لو قال بعنى ثوبك على أن أبيعك ثوبى وليس فساده من قبل التسمية بل من جهة أنه وافقه على شرط فاسد ، ولأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج ، فانه جعل تزويجه اياها مهرا للأخرى ، فكأنه ملكه اياها بشرط انتزاعها منه .

فان سموا لكل واحدة منهما مهرا كأن يقول زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ومهر كل واحدة مائة . أو قال أحدهما ومهر ابنتى مائة ومهر ابنتك خمسون .. صح العقد عليها بالمسمى[2] (أنظر مصطلح نكاح) .

٧ — فى الضمان والكفالة : اذا اشترط فى الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول به أو المضمون بشخص آخر ، بأن قال : « أنا كفيل بفلان على أن يتكفل لى بفلان أو يضمنه لى أو أنا ضامن ما على فلان على أن يتكفل لى بفلان أو يضمنه لى ، أو كفل أو ضمن على أن يضمن المكفول به أو المضمون عنه دينا على الكفيل أو الضامن أو على أن يؤجره داره أو على أن يهبه كذا ، فلا يصح الضمان ولا الكفالة فى ذلك كله ، لأنه من قبيل بيعتين فى بيعة ، المنهى عنه[3] .

٨ — فى الهبة : اذا وهب شيئا واشترط على الموهوب له تصرفا آخر كما لو قال له : وهبتك هذا الشىء على أن تهب فلانا كذا فان الشرط فاسد ، وأما الهبة ففى صحتها وجهان .

والظاهر بطلان الهبة لأنه من قبيل بيعتين فى بيعة المنهى[4] عنه .

الثانى : اشتراط شرطين فى بيع .

جاء فى كشاف القناع أنه ان جمع بين

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٣ — ٥٤ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨٢ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٩ .

شرطين فى بيع ولم يكونا مما يقتضيه البيع ولا مما يحقق مصلحته كاشتراط حمل الحطب المبيع وتكسيره أو خياطة الثوب المبيع وتفصيله لم يصح البيع ، لحديث عبد الله بن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا بيع ما ليس عندك رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح .

أما اذا كان الشرطان المجموعان فى البيع من مقتضى البيع كاشتراط حلول الثمن مع تصرف كل منهما فيما يصير اليه فان هذه الشروط تصح بلا خلاف أو كانا يحققان مصلحة العقد كاشتراط رهن وضمين[١] . معينين بالثمن فانه يصح كما لو كانا من مقتضاه » .

الثالث : اشتراط ما ينافى مقصود العقد .

ومن أمثلته : ١ — فى النكاح : اذا اشترط فى النكاح ما ينافى مقصود العقد كما اذا اشترط نفى الحل ، بأن تزوجها على ألا تحل له فانه لا يصح النكاح ، لاشتراط ما ينافيه[٢] .

وكذا اذا اشترط الزوج فى النكاح طلاقها فى وقت ، ولو كان هذا الوقت مجهولا فان هذا الشرط يفسد العقد ، كالمتعة[٣] .

وكذا (نكاح المحلل) وهو أن يتزوج المطلقة ثلاثا بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها أو يتزوجها بشرط أنه متى أحلها للأول فلا نكاح بينهما أو اتفقا على ذلك قبل العقد ولم يرجع عن نيته عند العقد .. فهذا النكاح حرام غير صحيح لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » رواه أبو داود وابن ماجة والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ومنهم عمر وابنه وعثمان ، وهو قول الفقهاء من التابعين ، وروى ذلك عن على وابن عباس وقال ابن مسعود « المحلل والمحلل له ملعونان على لسان محمد صلى الله عليه وسلم[٤] » .

٢ — فى القرض : اذا اشترط فى القرض تأجيل أو نقص فى وفاء لم يلزم ، لأنه شرط ينافى مقتضى العقد[٥] .

٣ — فى الاجارة : اذا اشترط فى الاجارة ما ينافى مقتضاها فسدت وذلك كما لو اكترى أرضا لزرع مدة لا يكمل ذلك الزرع فيها عادة ، وشرط بقاء الزرع ليدرك بعد مدة الاجارة ، وكذا لو سكت فلم يشترط قطعا ولا بقاء .

أما فى الصورة الأولى ، فلأنه جمع بين متضادين ، لأن تقدير المدة يقتضى التفريغ بعدها ، واشتراط التبقية يخالفه، ولأن مدة التبقية مجهولة .

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٩ .
(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ص ٥٦ .
(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٦ .
(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٤ — ٥٥ .
(٥) منتهى الارادات ج ٢ ص ٨٩ .

وأما فى الصورة الثانيــة ، فلأنه أكتراها لزرع شىء لا ينتفــع بزرعه فى مدة الاجارة . أشبه اجارة الأرض السبخة للزرع[١] .

٤ ــ فى المزارعة والمســاقاة والمناصبة[٢] اذا اشــترط فى هــذه العقــود ما يخــالف مقتضــاها فســـدت وذلك كمــا لو دفــع أرضه لمن يغرســـها على أن الأرض والغراس بينهما فسد العقد .

قال فى المغنى : ولا نعلم فيــه خــلافا ، لأنه شرط اشتراكهما فى الأصــل كمــا لو دفع اليــه شــجر المغــروس مســاقاة ليــكون الأصــل والثمـــرة بينهمـــــا أو شرط فى المــزارعة كون الأرض والزرع بينهمـــــا ، فلا يصـــحان[٣] .

وكذا ان شرط فى المساقاة أو المزارعة على أحدهما (المالك أو العامل) ما يلزم الآخر ، أو بعضــــه فســـد الشرط والعقــد ، لأنه شرط يخـــــالف مقتضى العقــــد فأفســـده كالمضــــاربة اذا شرط العمل فيهــا على رب المـــــال[٤] ..

وان شرط المزارع أن يأخذ رب الأرض مثل بذره وأن يقتســـما البــاقى فهـــو شرط فاســـد تفســـد به المزارعة ، لأنه قد لا يخرج من الأرض الا ذلك القدر فيختص به المـــالك وربما لا تخرجه وموضوعها على الاشتراك .

وان شرط فى المزارعة أو المســاقاة لأحدهما رب البـــذر والشــجر والعـــامل قفـــزانا معلومة لم تصح لما تقدم .

وكذا لو شرط لأحدهما دراهم معــلومة لم تصــح ، لأنه ربمـــا لا يخـــرج من الأرض الا ذلك فيؤدى الى الضرر ، أو شرط لأحدهما زرع ناحيـــة معينـــة فسدت ، قال فى المغنى والمبـــدع ، باجماع العلماء .

وكذا تفسد أن اشترط لأحدهمـــا ما على الجداول أما منفردا أو مع نصيبه ، واذا فسد العقـــد ففى المزارعة يكون الزرع لصـــاحب البذر وعليـــه أجـــرة العامل ، وفى المســـاقاة يكون الثمـــر لصـــاحب الشـــجر وعليـــه أجرة العـــامل ، لأنه بذل منـــافعه بعوض لم يسلم له فرجع الى بدله ، وهو أجر المثل[٥] (أنظر مصطلح مزارعة ومساقاة ومناصبة) .

٥ ــ فى المضاربة : اذا اشترط فى المضاربة ما ينافى مقتضـــاها فســـدت ، وذلك كما لو قال لشخص : خـــذ هـــذا المـــال مضـــاربة بشرط أن يكون الربح كله لك ، أو قال : خـــذه مضـــاربة والربح كله لى ، فانهـــــا تفســـد ، لأن المضـــاربة تقتضى كون الربح بينهمــــا فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح ، فقـــد شرط ما ينـــافى مقتضى العقـــد ففســـد كمـــا لو شرط الربح فى شركة العنان لأحدهما[٦] .

واذا اشترط فى الشركة والمضاربة لواحـــد من المتعـــاقدين جـــزء مجهـــول من الربح كحظ أو نصيب لم يصـــحا ، لأن الجهـــــالة تمنـــع تســـليم الواجب أو اشـــترط دراهم

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٢١ .

(٢) المناصبة دفع أرض وشجر له ثمر مأكول لمن يغرسه ويعمل عليه بجـــزء مشاع معلوم من ثمرته أو منه .

(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٨٠ .

(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٨١ .

(٦) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٦١ ــ ٢٦٢ .

معلومة لم تصح الشركة والمضاربة أيضا ، لأنه قد لا يربح غيرها فيأخذ جميع الربح وقد لا يربح فيأخذ جزءا من المال وقد يربح كثيرا فيتضرر من شرطت له وكذا لو شرط لأحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح أحد السفرتين أو ربح تجارته فى شهر بعينه أو فى عام بعينه ، لم يصحا ، لأنه قد يربح فى ذلك المعين دون غيره أو بالعكس فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة[١] .

٦ ـ فى الحوالة : جاء فى كشاف القناع أنه « يشترط فى الحوالة تماثل الدينين فى الجنس والصفة وفى الحلول والتأجيل بأجل واحد » .

فلو كان الحقان المحال به والمحال عليه ـ حالين فشرط المحتال أن يؤخره أو يؤخر بعضه الى أجل ولو كان الأجل معلوما لم تصح الحوالة ، لأن الحال لا يتأجل ولو قيل يفسد الشرط ، وتصح الحوالة كالشروط الفاسدة فى البيع لكان أوفق بالقواعد[٢] . (أنظر مصطلح حوالة) .

٧ ـ فى الضمان والكفالة : اذا اشترط فى هذين العقدين ما ينافى مقتضاهما فسدا وذلك كما لو شرط فى الضمان أو الكفالة خيار ، كأن قال أنا ضمين بما عليه ، أو كفيل ببدنه على أن لى الخيار ثلاثة أيام مثلا ، فسد الضمان والكفالة لمنافاة الخيار لهذين العقدين[٣] . وكذا اذا قال : كفلت ببدن فلان على أن يبرىء فلان (زيد مثلا) الكفيل أو قال : كفلت بفلان على أن يبرىء المكفول عنه الكفيل من الكفالة فسد الشرط والعقد ، لأنه شرط فسخ العقد فى عقد ، فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر .

وكذا لو قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئنى من الكفالة بفلان الآخر ، أو قال ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئنى من ضمان الدين الآخر ، أو قال ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئنى من الكفالة بفلان ، فسد الشرط والعقد للتعليل المتقدم[٤] . (أنظر مصطلح كفالة وضمان) .

٨ ـ فى الوقف : واذا اشترط فى الوقف ما ينافى مقتضاه فسد ، وذلك كما لو شرط الواقف فى الوقف خيارا ، بأن قال : وقفته بشرط الخيار أبدا . أو مدة معينة شهرا أو سنة ، أو بشرط تحويل الوقف عن الموقوف عليه الى غيره ، بأن قال : وقفت دارى على كذا على أن أحولها عن هذه الجهة أو عن الوقفية بأن أرجع فيها متى شئت لم يصح الوقف ، لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف ، لأن مقتضاه التأبيد والتأقيت ينافيه، وكشرطه تغيير شرطه وكشرط بيعه متى شاء ، أو هبته أو متى شاء أبطله ونحوه لم يصح الوقف أيضا لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف[٥] . (أنظر مصطلح وقف) .

النوع الثانى : شروط باطلة تسقط ويصح العقد : وهذا النوع من الشروط تتدرج تحت الشروط الآتية :

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٥٤ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨٧ .
(٣) منتهى الارادات ج ٢ ص ١١٣ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ١٨١ ـ ١٨٢ .
(٥) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٤٦ ، ص ٤٤٨

الأول : شرط ينـــافى مقتضى العقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيــع : اذا اشترط فى العقــد ما ينــافى مقتضــاه ، نحــو أن يشترط ألا خســارة عليــه ، أو أنه متى نفق المبيع (راج) والا رده أو يشترط البــائع على المشترى ألا يبيع المبيــع ، ولا يهبــه ولا يعتقه ، أى ألا يفعل واحدا من هــذه الشروط ، أو شرط البــائع ان أعتق المشترى المبيـــع فالولاء للبــائع ، أو يشترط البائع على المشترى أن يبيعــه أو يهبــه أو يعتقــه أو يقفــه فهــذا الشرط لا يبطل البيـــع ، لحـــديث عائشـــة قالت : جــاءتنى بريرة (الحديث تقــدم ذكره فى مذهب الحنفيـــة والمالكية والشافعيـــة) فقــد أبطل الرسول صــلى الله عليــه وســلم شرط الولاء ولم يبطل العقــد[١] .

واذا لغــا الشرط وصــح العقـــد كان للذى فات غرضــه بفســاد الشرط من بائع ومشـــتر (عــلم بفســاد الشرط أو لم يعلم) فســخ البيــع ، لأنه لم يســـلم له ما دخـــل عليـــه من الشرط ، أو أرش (عوض) ما نقص من الثمن بالغــاء الشرط ان كان المشترط بائعــا .

فاذا باعه بأنقص من ثمنــه وشرط شرطا فاسدا فله الخيــار بين الفســخ ، وبين أخذ أرش النقص ، لأنه انمــا باع بنقص لمـــا يحصــل له من الغرض الذى اشترطه ، فاذا لم يحصــل غرضه رجع بالنقص .

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٠ .

وان كان المشترى قد اشترى بزيادة على الثمن وشرط شرطا فاسدا ، فله الخيـــار بين الفسخ وأخذ ما زاد لمــا تقدم[٢] .

٢ ــ فى الاجارة : اذا اشترط فى الاجارة ما ينافى مقتضــاها فســـد الشرط فقط ، وذلك كمــا لو اشترط على المستأجر استيفاء المنفعـــة بنفسه ، فان الشرط يفســـد ولا يلزم الوفاء به ، لأنه شرط ينافى مقتضى العقـــد ، اذ مقتضـــاه ملك المنفعـــة ، ومن ملك شيئا استوفاه بنفسه وبنائبه .

وكذا لو اشترط على المســـتأجر زرع بر فقط ، فلا يلزم الوفاء به وله زرع بر وما هـــو مثله ضررا أو أقل منه ، وليس له أن يزرع ما هو أكثر منه ضررا .

وكذا لو اشترط على المستأجر ضـــمان العين فالشرط فاســـد لمنافاته مقتضى العقـــد (أنظر مصطلح[٣] اجارة) .

٣ ــ فى النكاح والطلاق : اذا اشترط فى عقد النكاح ما ينــافى مقتضاه بطل الشرط وصح العقـــد ،وذلك كما لو اشترط الزوجان أو أحدهمـــا فى النـــكاح الخيـــار بأن قـــال زوجتك بشرط الخيـــار أبدا أو مدة ولو مجهولة أو شرطا أو أحدهما الخيار فى المهر ..أو عدم الوطء ، أو شرطت ان جاء بالمهـــر فى وقت كذا ، والا فلا نكاح بينهمـــا ، أو شرط الزوج عـــدم المهـــر ، أو عـــدم النفقـــة أو شرط قســـمة لهـــا أقل من ضرتهـــا ، أو أكثر

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٤١ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٠٣ .

منها ، أو شرط ان أصدقها رجع عليها بما أصدقه لها أو ببعضه ، أو شرطت أن يعزل عنها أو ألا يكون عندها فى الجمعة الا ليلة ، أو ألا تسلم نفسها اليه ، الا بعد مدة معينة ، أو ألا يسافر بها اذا أرادت انتقالا ، أو أن يسكن بها حيث شاءت أو حيث شاء أبوها ، أو غيره من قريب أو أجنبى أن تستدعيه الى الجماع وقت حاجتها ، أو وقت ارادتها أو شرط الزوج لها النهار دون الليل ، أو شرط أن تنفق عليه ، أو أن تعطيه شيئا ونحوه كأن شرطت عليه أن ينفق عليها كل يوم عشرة دراهم مثلا بطل الشرط ، لأنه شرط ينافى مقتضى العقد ، ويتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد ، قبل انعقاده فلم يصح ، كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع ، وصح العقد ، لأن هذه الشروط تعود الى معنى زائد فى العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط فيه صداقا محرما ، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتق .

وان طلق بشرط خيار وقع طلاقه ولغا شرطه كالنكاح وأولى[1] .

٤ ــ فى الشركة والمضاربة اذا اشترط فى هذين العقدين ما ينافى مقتضاهما ، فسد الشرط وصح العقد .

وذلك كما لو اشترط الشريك أو رب المال على شريكه أو على المضارب ضمان المال أن تلف بلا تعد أو تفريط .

أو شرط أن عليه من الوضيعة أى الخسارة أكثر من قدر ماله فسد الشرط وحده، لمنافاته لمقتضى العقد .

وكذا لو شرط عليه الارتفاق بالسلع كلبس ثوب أو استخدام عبد أو ركوب دابة فسد الشرط فيه ، لأنه لا مصلحة للعقد فيه ، فأشبه اشتراط ما ينافيه .

أو شرط عليه ألا يفسخ الشركة مدة بعينها ، أو ألا يبيع الا برأس المال أو أقل من رأس المال أو ألا يبيع الا ممن اشترى منه أو ألا يبيع ، أو لا يشترى ، أو شرط عليه لزوم العقد فسد الشرط وحده ، لمنافاته مقتضى العقد[2] ، لأنها تفوت المقصود من عقد الشركة أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل ، والشركة والمضاربة صحيحة كالشروط الفاسدة فى عقد البيع والنكاح ونحوهما[3] . (أنظر مصطلح شركة ومضاربة) .

٥ ــ فى الوكالة : اذا اشترط فى عقد الوكالة ما ينافى مقتضاه بطل الشرط وصح العقد .

فلو قال له : وكلتك بشرط أن تضمن ما يتلف منك فاذا تلف منه شىء بغير تفريط لم يضمنه ، لأنه أمين والشرط لاغ ، لأنه

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٥٧ ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٧٣ ــ ٧٤ .

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٨ .
(٣) منتهى الارادات ج ٢ ص ٢٠٦ .

ينـــافى مقتضى العقد[١] • (أنظـــر مصطلح وكالة) •

٦ ـــ فى الرهن : اذا اشترط فى عقد الرهن ما ينـــافى مقتضـــاه بطـــل الشرط وصـــح العقـــد ، وذلك كما لو شرط ألا يبـــاع الرهن عند حلول الأجل ، أو الا يبـــاع ما خيف تلفه ممـــا يسرع اليـــه الفســـاد كالعنب والرطب ونحـــوه ، أو شرط بيعـــه بأى ثمن كان أو شرط ألا يبيعـــه الا بما يرضـــيه •• أو شرط كونه مضـــمونا على المرتهـــن أو مضـــمونا على العدل ، أو شرط ألا يقبضـــه ، أو ان جـــاءه بحقـــه فى محـــله فبهـــا ، والا فالرهن له بالدين أو يبيـــع له بالدين الذى له على الراهن ، أو شرط الراهن أن المرتهن لا يســـتوفى الدين من ثمنـــه أو شرطا الخيـــار للراهن ، أو شرطا ألا يكون العقـــد لازما فى حق الراهن ، أو شرطا توقيت الرهن ، بأن قالا : هو رهن عشرة أيام مثلا ، أو شرطا أن يـــكون الرهن يوما رهنـــا ، ويوما لا يكون رهنـــا ، أو شرطا كون الرهن فى يد الراهن ، فالشرط فى كل ذلك فاســـد ، لمنافاته مقتضى العقـــد ، والرهن صحيح مع فســـاد الشرط ، لحديث « لا يغلق الرهن » رواه الأثرم عن عبد الله بن جعفر ••

ووجه الدليل فيه أنه صـــلى الله عليـــه وســـلم نفى غلق الرهن دون أصـــله فـــدل على صـــحته وقيس عليـــه ســـائر الشروط الفاسدة[٢] •

٧ ـــ فى الهبـــة : لا يصح اشتراط ما ينافى عقـــد الهبـــة فـــاذا اشترط ذلك صـــح العقـــد وبطـــل الشرط •

ومن أمثـــلته ما اذا اشـــترط الواهب على المتهب ألا يبيـــع العين الموهوبة ولا يهبهـــا ، أو ألا ينتفـــع بهـــا أو وهبـــه عينـــا واشترط أن يبيعهـــا أو يهبهـــا فلا يصـــح الشرط ، لأن مقتضى الملك التصرف المطلق فالحجـــر فيه منـــاف لمقتضـــاه وتصـــح الهبة المشروط فيها ما ينـــافى مقتضـــاها ، كالشروط الفاســـدة فى البيع[٣] (أنظر مصطلح هبة) •

٨ ـــ فى الوديعة : اذا اشترط فى الوديعـــة ما ينـــافى مقتضـــاها بطـــل الشرط وصـــح التصرف ، كمـــا لو شرط رب الوديعـــة على الوديع ضـــمان الوديعـــة لم يصح الشرط ولم يضمنها الوديع ، لأنه شرط ينـــافى مقتضى العقـــد ، أو قـــال الـــوديع : أنا ضـــامن للوديعة لم يضـــمن ما تلف بغير تعـــد أو تفـــريط ، وكذلك كل ما كان أصـــله الأمانة كالرهن والعين المؤجـــرة والموصى بنفعهـــا ونحوهـــا لا يصح شرط ضمانها ولا ضمانها[٤] (أنظر مصطلح وديعة) •

٩ ـــ العارية : وكذلك اذا اشترط فى العارية نفى ضمانها لغـــا الشرط ولم يسقط الضمان ، لأن كل عقـــد اقتضى الضـــمان ، لم يغـــيره الشرط كالمقبوض ببيـــع ، لأن شرط خـــلاف

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٤٧ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ١٦٥ .
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٩ .
(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٩٦ .

مقتضى العقد[١] فاسد •• والعقد صحيح (أنظر مصطلح عارية) •

١٠ — فى السبق والمناضلة[٢] : لا يشترط فى السبق والمناضلة تعيين الراكبين ولا القوسين ولا السهام ولو عينها لم تتعين وكل ما تعين لا يجوز ابداله كالمتعين فى البيع ومالا يتعين يجوز ابداله لعذر وغيره •

فان شرط المتسابق ألا يرمى بغير هذا القوس أو بغير هذا السهم فهذا الشرط فاسد لأنه ينافى مقتضى العقد[٣] •

وان شرط المتسابقان أن السابق يطعم السبق بفتح[٤] الموحدة أصحابه أو يطعمه بعضهم أو يطعمه غيرهم أو قال : ان سبقتنى فلك كذا أولا أرمى أبدا أو شهرا ، لم يصح الشرط ، لأن السبق عوض على عمل ، فلا يستحقه غير العامل ، كالعوض فى رد الآبق ، ويصح عقد المسابقة ، لأنها عقد لا تتوقف صحته على تسمية بدل فلم تفسد بالشرط الفاسد كالنكاح[٥] •

وفى المناضلة يشترط استواء المتناضلين فى عدد الرشق وعدد الاصابة وفى صفتها وسائر أحوال الرمى •

فان اشترطا ما تتوت به المساواة لم يصح الشرط لمنافاته لموضوع المسابقة ، كما لو اشترطا رشق أحدهما عشرة والآخر عشرين أو اشترطا أن يصيب أحدهما خمسة وأن يصيب الآخر ثلاثة •• أو اشترطا أن يرمى أحدهما من بعد وأن يرمى الآخر من قرب • أو أن يرمى أحدهما وبين أصابعه سهم والآخر بين أصابعه سهمان أو أن يرمى أحدهما وعلى رأسه شىء والآخر خال عن شاغل ، أو شرطا أن يحط عن أحدهما واحد من خطئه لا عليه ولا له ، وأشباه هذا مما تفوت به المساواة لم يصح لمنافاته لموضوع المسابقة[٦] •

الثانى : شرط يؤدى الى جهالة أو أمر غير مشروع •

ومن أمثلته : ١ — فى البيع : اذا اشترط فى البيع ما يؤدى الى جهالة أو أمر غير مشروع بطل الشرط وصح البيع ، وذلك كما لو اشترط المشترى أن الطير المبيع يوقظه للصلاة ، أو أنه يصيح عند دخول الصلاة ، أو أن يكون الديك المبيع مناقرا أو الكبش مناطحا ، أو اشترط المشترى الغناء فى الجارية ، أو أن البهيمة تحلب فى كل يوم قدرا معلوما لم يصح الشرط ، لأنه اما أنه لا يمكن الوفاء به ، أو محرم فهو ممنوع شرعا ••

وكذا أن شرط أن الجارية المبيعة

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٣٦ .
(٢) السبق بسكون . الباء المجاراة بين حيوان ونحوه كالسفن والمناضلة وهى المسابقة بالسهام .
(٣) ٤ كشاف القناع ج ٢ ص ٣٢٣ .
(٤) السبق بفتح الباء الجعل الذى يسابق عليه .
(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٢٥ .
(٦) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٢٧ .

لا تحمل أو أنها تضع الولد فى وقت بعينه لم يصح الشرط لأنه لا يمكن الوفاء به[١] .

وكذا ان شرط الولاء للبائع فان الشرط يلغو ويصح العقد لحديث بريرة (وقد تقدم الاشارة اليه فى مذهب الحنفية والمالكية والشافعية) .

وكذا لو شرط ضمينا أو كفيلا غير معين ، أو شرط خيارا أو أجلا مجهولين ، كان باعه بشرط الخيار وأطلق أو الى الحصاد ونحوه أو بثمن مؤجل الى الحصاد ونحوه ، أو شرط تأخير تسليم المبيع بلا انتفاع البائع به ، فان الشرط يلغو ويصح البيع قياسا على اشتراط الولاء للبائع[٢] (أنظر مصطلح بيع) .

٢ ـ فى الرهن وكذا لو شرط فى الرهن شرط لا يقتضيه العقد كالمحرم من خمر وخنزير ونحوهما ، أو شرط رهن المجهول المعدوم ومالا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد ونحو ذلك مما لا يصح بيعه ، فان الشرط يكون باطلا والعقد صحيحا[٣] . (أنظر مصطلح رهن) .

٣ ـ فى الكتابة : اذا اشترط المكاتب فى كتابته أن يوالى من شاء فالشرط باطل ، والولاء لمن أعتق لقوله صلى الله عليه وسلم فى قصة بريرة « فانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه[٤] .

رأى ابن تيمية وابن القيم فى الشروط : يؤيد ابن تيمية أن الأصل فى الشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها الا ما دل على تحريمه وابطاله نص أو قياس عند من يقول به ..

كما يرى أن الشرط المحذور هو الشرط الذى ينافى مقصود العقد ، كاشتراط الطلاق فى النكاح واشتراط الفسخ فى العقد[٥] .

كما يرى ابن القيم أن الأصل فى الشروط الصحة الا ما أبطله الشارع[٦] . أو نهى عنه .

مذهب الظاهرية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة .

ومن أمثلتها : ١ ـ فى البيع : ما جاء فى المحلى من أن كل شرط وقع فى حال عقد بيع من البائع والمشترى أو من أحدهما برضى الآخر فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل ، الا سبعة شروط فقط ، فانها لازمة والبيع صحيح ان شرطت فى البيع .

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧ ومنتهى الارادات ج ٢ ص ٢٣ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٤١ .
(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ١٦٥ .
(٤) نفس المرجع ج ٢ ص ٦٧٧ .
(٥) الفتاوى لابن تيمية المجلد الثالث ص ٣٢٣ .
(٦) اعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص ٣٤ .

الشرط الأول : اشتراط الرهن فيما تبايعاه الى أجل مسمى ، لقوله تعالى : « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » .

ولا يجوز اشتراط الرهن الا فى البيع الى أجل مسمى فى السفر خاصة أو فى السلم الى أجل مسمى فى السفر خاصة أو فى القرض الى أجل مسمى خاصة مع الكاتب لقوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » ، وقال عز وجل « اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » (الاية)[١] الى قوله تعالى « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة[٢] » فههنا يجوز اشتراط الرهن حيث أجازه الله تعالى ، والدين الى أجل مسمى لا يعدو أن يكون بيعا ، أو سلما ، أو قرضا ، فهذه الوجوه يجوز فيها اشتراط التأجيل ، لورود النصوص بوجوبه فى السلم ، وجوازه فى القرض والبيع فى السفر ، ولا يجوز فيما عدا ذلك أصلا ، لأنه لم يأت فى شىء من المعاملات سوى ما ذكر نص بجواز اشتراط التأجيل[٣] .

الشرط الثانى : اشتراط تأخير الثمن ان كان دنانير أو دراهم الى أجل مسمى: وانما جاز هذا الشرط لقوله تعالى « اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه[٤] » .

الشرط الثالث : اشتراط الا خلابة يجوز اشتراط ذلك لما روى نافع عن ابن عمر قال : ان حبان بن منقذ سفع فى رأسه فى الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه فكان اذا بايع خدع فى البيع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « بايع وقل لا خلابة ثم أنت بالخيار » وفى رواية بزيادة « ثم أنت بالخيار ثلاثا من بيعك »[٥] .

الشرط الرابع : اشتراط الصفات التى يتبايعان عليها من السلامة أو من ألا خديعة ومن صناعة العبد ، أو الأمة أو سائر صفات المبيع ، يجوز اشتراط ذلك لقوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[٦] فنص الله تعالى على التراضى منهما ، والتراضى لا يكون الا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة[٧] .

الشرط الخامس : اشتراط أداء الثمن الى ميسرة وان لم يذكرا أجلا .

يجوز هذا الشرط لقوله تعالى :

---

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ .
(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٣ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٨٧ — ٨٨ .

(٤) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ٤٠٩ .
(٦) سورة النساء الآية رقم ٢٩ .
(٧) المحلى ج ٨ ص ٤١٤ — ٤١٦ .

« وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » وروى عكرمة عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى يهودى قدمت عليه ثياب : ابعث الى بثوبين الى الميسرة »[١] .

الشرط السادس : اشتراط مال العبد المباع أو الأمة للمشترى سواء اشترطه كله أو بعضه أو اشترط مسمى معينا أم جزءا منسوبا مشاعا كان المال معلوما أم مجهولا .

يجوز اشتراط ذلك لما روى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع ومن باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع .

فمن ابتاع عبدا أو أمة لهما مال فما لهما للبائع ، الا أن يشترطه المبتاع فيكون له ولا حصة له من الثمن ، كثر أو قل ، وليس له حكم البيع أصلا .
فان كان فى مال العبد أو الأمة ذهب كثير أو قليل ، وقد ابتاع الأمة أو العبد بذهب أقل من ذلك الذهب أو مثله أو أكثر نقدا أو حالا فى الذمة أو الى أجل جاز كل ذلك ، وكذلك أن كان فيه فضة .

فان باع نصف عبده أو نصف أمته أو جزءا مسمى مشاعا فيهما جاز ذلك ، ولا يجوز هنا اشتراط المال أصلا ، وكذلك لو باع نصيبه من عبد بينه وبين آخر .

فلو باع اثنان عبدا بينهما جاز للمشترى اشتراط المال لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر ذلك بلفظ الاشتراط كما قدمنا[٢] والاشتراط غير البيع فليس له حكم البيع .. وقد ملك المال بالشرط الصحيح[٤] .

وكذلك للمبتاع أن يشترط شيئا مسمى بعينه من مال العبد أو الأمة ، وله أن يشترط ثلثا أو ربعا أو نحو ذلك[٣] .

الشرط السابع : اشتراط الثمرة المؤبرة للمشترى : وانما جاز هذا الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم (فيما رواه ابن عمر) ومن باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع .

والتأبير فى النخل هو ان يشق الطلع ويذر فيه دقيق الفحال .

وأما قبل الابار فالطلع للمبتاع ولا يجوز فى ثمرة النخل الا الاشتراط فقط .

وأما البيع فلا يجوز حتى يصير زهوا[٤] . فاذا أزهى جاز فيه الاشتراط

---

(١) نفس المرجع .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٢٢ — ٤٢٣ .
(٣) نفس المرجع ج ٨ ص ٤٢٣ — ٤٢٤ .
(٤) الزهو : البسر الملون .

مع الأصول وجاز فيه البيع مع الأصول ودون الأصول .

وليس هذا الحكم الا فى النخل المأبور وحده كما جاء النص .

ولو ظهرت ثمرة النخل بغير ابار لم يحل اشتراطها أصلا لأنه خلاف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأما سائر الثمار فان من باع الأصول وفيها ثمرة قد ظهرت أو لم يبد صلاحها ، فالثمرة للبائع لا يحل بيعها لا مع الأصول ولا دونها ولا اشتراطها أصلا .

وأما تخصيص النخل بما ذكرنا ، فلأن النص لم يرد الا فيها فقط مع وجود الآبار .

ولا يجوز فى ثمرة النخل الا الاشتراط فقط ما لم تزه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى وتحمر ، فلا يجوز بيعها قبل أن تزهى أصلا ، واباح عليه السلام اشتراطها ، فيجوز ما أجازه عليه السلام ويحرم ما نهى عنه[١] . وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى[٢] .

وللمشترى أن يشترط الثمرة المؤبرة جميعها أو نصفها أو ثلثها أو جزءا مسمى مشاعا فى جميعها أو شيئا منها معينا[٣] .

ومن باع نخلة أو نخلتين وفيها ثمر قد أبر لم يجز للمبتاع اشتراط ثمرتها أصلا .

ولا يجوز هذا الشرط الا فى ثلاث نخلات فصاعدا لأن النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله « من باع نخلا » لم يجز هذا الشرط الا فى النخل وأقل ما يقع عليه اسم النخل ثلاث فصاعدا[٤] .

٢ — فى النكاح : اذا اشترطت سلامة الزوجة من العيوب فى عقد النكاح ثم وجد الزوج عيبا أى عيب كان فالنكاح مفسوخ مردود لا خيار له فى أجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة دخل أو لم يدخل ، لأن التى أدخلت عليه غير التى تزوجها ، ولأن السالمة غير المعيبة فاذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما[٥] .

ومن أعتق أمة على أن يتزوجها وجعل عتقها صداقها لا صداق لها غيره ، فهو صداق صحيح ، ونكاح صحيح ، وسنة فاضلة .

فان طلقها قبل الدخول فهى حرة ولا يرجع عليها بشىء .

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٢٤ .
(٢) الآية رقم ٣ ، ٤ من سورة النجم .

(٣) المحلى ج ٨ ص ٤٢٦ .
(٤) المحلى ج ٨ ص ٤٢٦ — ٤٢٧ .
(٥) المحلى ج ١٠ ص ١١٥ .

فلو أبت أن تتزوجه بطل عتقها وهى مملوكة له كما كانت .. لما روى عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها[١] .

القسم الثانى : الشروط الباطلة التى تبطل التصرف .

ومن أمثلته ١ — فى البيع : لا يحل بيع جارية بشرط أن توضع على يدى عدل حتى تحيض ، رائعة كانت أو غير رائعة والبيع بهذا الشرط فاسد[٢] .

ولا يحل بيع عبد أو أمة على أن يعطيها البائع كسوة ، قلت أو كثرت ولا بيع دابة على أن يعطيها البائع أكافها أو رسنها أو بردعتها ، والبيع بهذا الشرط باطل مفسوخ لا يحل[٣] .

ولا يجوز بيع السلعة على أن تكون رهنا عن ثمنها ، فان وقع فالبيع مفسوخ ، ولكن يجوز للبائع امساك سلعته حتى ينتصف من ثمنها ان كان مالا ، والا فليس له ذلك ، وهذا لأنه قد اشترط منع المشترى من قبض ما اشتراه مدة مسماة ، وهذا شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل ، وأيضا فان المشترى لا يملك ما اشترى الا بتمام عقد البيع بينهما والبيع لا يتم الا

(١) المحلى ج ٩ ص ٥٠١ — ٥٠٧ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٢٧ — ٤٢٨ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٤٢٨ — ٤٢٩ .

بالتفرق أو التخيير فما لم يتم يكون الشىء المبيع ملكا للبائع[٤] .

ولا يحل بيعتان فى بيعة مثل أبيعك سلعتى بدينارين على أن تعطينى بالدينارين كذا وكذا درهما ، أو كمن ابتاع سلعة بمائة درهم على أن يعطيه دنانير كل دينار بعدد من الدراهم ، ومثل أبيعك سلعتى هذه بدينارين نقدا ، أو بثلاثة نسيئة ، ومثل أبيعك سلعتى هذه بكذا وكذا على أن تبيعنى سلعتك هذه بكذا وكذا .

فهذا كله حرام مفسوخ محكوم عليه بحكم الغصب .. لما روى عن ابن عمر رضى الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة .

وما روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من باع بيعتين فله أوكسهما أو الربا .

كما روى عن محمد بن سيرين قال « شرطين فى بيع : أبيعك الى شهر بعشرة فان حبسته شهرا فتأخذ عشرة (أى أخرى) قال شريح : أقل الثمنين وأبعد الأجلين أو الربا ، قال عبد الله : فسألت أبى فقال : هذا بيع فاسد[٥] .

ولا يجوز البيع بشرط البراءة من كل عيب ، ولا على ألا يقوم على بعيب ان وجد

(٤) نفس المرجع ج ٨ ص ١٠٠ — ١٠١ .
(٥) المجلى ج ٩ ص ١٥ — ١٦ .

وأنه برىء منه ، والبيع بهذا الشرط فاسد مفسوخ ، لأنه انعقد على شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ولأنه غش والغش محرم قال عليه السلام : « من غشنا فليس منا » وقال عليه السلام « الدين النصيحة لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم » .

ومن باع بالبراءة من العيوب فلا يخلو من أن يكون أراد بذلك ألا يقام عليه بعيب ان وجد وأنه برىء منه فقد ذكرنا أن البيع باطل ، أو يكون أراد فيه كل عيب فهذا باطل بيقين ، لأن الحمى عيب وهى من حر والفالج عيب وهو من برد وهما متضادان ، وكل بيع انعقد على الكذب والباطل ، فهو باطل ، ولا فرق فى هذا بين أن يسمى العيوب كلها أو بعضها أو لا يسميها[1] .

ولا يجوز بيع شىء بأكثر مما يساوى ، أو بأقل مما يساوى اذا اشترط البائع أو المشترى السلامة الا بمعرفة البائع والمشترى معا بمقدار الغبن فى ذلك ورضاهما به .

فان اشترط أحدهما السلامة ووقع البيع كما ذكرنا ولم يعلما قدر الغبن أو علمه غير المغبون منهما ، ولم يعلمه المغبون ، فهو بيع باطل ، مفسوخ مضمون على من قبضه ضمان الغصب ، وليس لهما اجازته الا بابتداء عقد .. لقوله تعالى «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ولا يكون التراضى الا على قدر معلوم ، ولا شك أن من لم يعلم بالغبن ولا بقدره لم يرض به[2] .

ومن باع سلعة بثمن مسمى حالة ، أو الى أجل مسمى قريبا أو بعيدا فله أن يبتاع تلك السلعة من الذى باعها منه بثمن مثل الذى باعها به منه ، وبأكثر منه وبأقل حالا والى أجل مسمى أقرب من الذى باعها منه اليه أو أبعد أو مثله كل ذلك حلال ، ما لم يكن ذلك عن شرط مذكور فى نفس العقد ، فان كان عن شرط فهو حرام مفسوخ محكوم فيه بحكم الغصب .. لأنه شرط ليس فى كتاب الله عز وجل[3] .

ولا يحل بيع سلعة مشتراة بشرط أن يربحه للدينار درهما ، ولا على أنى أربح معك فيه كذا وكذا درهما ، فان وقع فهو مفسوخ أبدا ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، ولأنه بيع بثمن مجهول ، لأنهما انما تعاقدا البيع على أنه يربح معه للدينار درهما .. فهذا بيع الغرر الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم[4] .

---

(١) المحلى ج ٩ ص ٤٤ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٣٩ — ٤٤٢ .
(٣) المحلى ج ٩ ص ٤٧ — ٥٢ .
(٤) المحلى ج ٩ ص ١٤ — ١٥ .

٢ — فى الصرف : ومن صارف غيره دنانير بدراهم فعجز عن تمام مراده فاستقرض من مصارفه أو من غيره ما أتم به صرفه فحسن ما لم يكن عن شرط فى الصفقة[١] .

٣ — فى الصلح : لا يجوز فى الصلح الذى يكون فيه ابراء من البعض اشتراط التأجيل أصلا ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ، لكنه يكون حالا فى الذمة ينظره به ما شاء بلا شرط ، لأنه فعل خير[٢] .

٤ — فى الاجارة : لا يجوز فى الاجارة تعجيل الأجرة ، ولا تعجيل شىء منها ، ولا اشتراط تأخيرها الى أجل ، ولا تأخير شىء منها كذلك .

ولا يجوز أيضا اشتراط تأخير الشىء المستأجر ولا تأخير العمل المستأجر له طرفة عين فما فوق ذلك ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل .

ومن هذا استئجار دار مكتراة أو عبد مستأجر أو دابة مستأجرة أو عمل مستأجر أو غير ذلك قبل تمام الاجارة التى هو مشغول فيها ، لأن فى هذا العقد اشتراط تأخير قبضه الشىء المستأجر أو العمل المستأجر له[٣] .

(١) نفس المرجع ج ٨ ص ٥١٢ .
(٢) نفس المرجع ج ٨ ص ١٦٥ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ١٨٣ — ١٨٤ .

ولا تجوز مشارطة الطبيب على البرء أصلا لأنه بيد الله تعالى لا بيد أحد ، وانما الطبيب معالج ومقو للطبيعة بما يقابل الداء ، ولا يعرف كمية قوة الدواء من كمية قوة الداء فالبرء لا يقدر عليه الا الله تعالى[٤] .

ولا يجوز أن يشترط على المستأجر للخياطة احضار الخيوط ولا على الوراق القيام بالحبر ، ولا على البناء القيام بالطين أو الصخر أو الجيار وهكذا فى كل شىء .. لأنه اجارة وبيع معاقد اشترط أحدهما مع الآخر فحرم ذلك من وجهين :

أحدهما أنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل .

والثانى أنه بيع مجهول واجارة مجهولة لا يدرى ما يقع من ذلك للبيع ولا ما يقع منه للاجارة فهو أكل مال بالباطل .

فان تطوع كل من ذكرنا باحضار ما ذكرنا من غير شرط جاز ذلك لأنه فعل خير[٥] .

فى السلم : لا يجوز فى السلم أن يشترطا دفع المسلم فيه فى مكان معين ، فان فعلا فالصفقة كلها فاسدة مفسوخة محكوم فيها بحكم الغصب .. لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، لكن

(٤) المحلى ج ٨ ص ١٩٦ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ١٩٦ — ١٩٧ .

حق المسلم قبل المسلم اليه ، أنه حيثما لقيه عند محل الأجل فله أخذه ليدفع حقه اليه ، فان غاب أنصفه الحاكم من ماله ان وجد له بقول الله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها[1] فهو مأمور بأداء أمانته حيث وجبت عليه ..

وكذلك يفسد السلم اذا اشترط فيه كفيل ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى . وأما اشتراط الرهن فيه فهو جائز لورود النص فيه كما سبق أن بينا[2] .

٦ — فى القرض : لا يحل للمقترض أن يقضى ما عليه من غير نوع ما استقرض سواء اشترط ذلك أو لم يشترط مثل أن يقرضه ذهبا فيرد عليه فضة أو غير ذلك .. لأنه اذا رد عليه غير ما كان عليه فقد أخذ غير حقه ، ومن أخذ غير حقه فقد أكل المال بالباطل وهو منهى عنه[3] .

وهدية الذى عليه الدين الى الذى له عليه الدين حلال ، وكذلك ضيافته اياه ، ما لم يكن شىء من ذلك عن شرط .

فان كان عن شرط فهو حرام ، لما روى عن أبى شريح العدوى أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته يومه وليلته ، والضيافة ثلاثة أيام فما كان وراء ذلك فهو صدقة » .

وكان عليه السلام يأكل الهدية وقال عليه السلام لو أهدى الى ذراع لقبلت « فهذا عموم لم يخص عليه السلام من ذلك غريما من غيره »[4] .

٧ — فى المزارعة والمساقاة : اذا تطوع صاحب الأرض بأن يسلف العامل بذرا أو دراهم أو يعينه بغير شرط جاز ، لأنه فعل خير وتعاون على بر وتقوى ، فان كان شىء من ذلك عن شرط فى نفس العقد بطل العقد وفسخ ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى وعقد رسول الله صلى الله عليه وسلم مع الذين دفع اليهم خيبر انما كان كما أوردنا قبل أن يعتملوها بأموالهم[5] .

(أنظر مصطلح مساقاة ومزارعة) .

وليس لهم اشتراط شىء يزرع فى الأرض فان اشترطوا ذلك فى العقد فسد الا أن يشترط صاحب الأرض ألا يزرع العامل . فيها ما يضر بأرضه أو شجره ان كان له فيها شجر فهذا واجب ، لأن خلافه فساد واهلاك للحرث قال الله تعالى « ان الله لا يحب المفسدين » وقال تعالى

(١) سورة النساء الآية رقم ٥٨ .
(٢) المحلى ج ٩ ص ١١٠ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٧٩ .

(٤) المحلى ج ٨ ص ٨٥ — ٨٦ .
(٥) نفس المرجع ج ٨ ص ٢٢٤ .
(٦) المحلى ج ٨ ص ٢٢٥ .

« ليهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد » .

ومن أصاب منهما ما تجب فيه الزكاة فعليه الزكاة ومن قصر نصيبه عما فيه الزكاة فلا زكاة عليه .

ولا يحل[1] اشتراط الزكاة من أحدهما على الآخر ، لقول الله تعالى « ولا تكسب كل نفس الا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

ولا يجوز أن يشترط على صاحب الأرض فى المزارعة والمغارسة والمعاملة فى ثمار الشجر لا أجير ، ولا عبد ، ولا سانية ، ولا قادوس ، ولا حبل ولا دلو ولا عمل ولا شىء أصلا ، وكل ذلك على العامل .

فلو تطوع صاحب الأصل بكل ذلك أو ببعضه فحسن[2] بغير شرط جاز .

٨ — فى القراض : لا يجوز أن يشترط فى القراض عبدا يعمل معه أو أجيرا يعمل معه أو جزءا من الربح لفلان لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل[3] .

٩ — فى الشركة : لا يحل للشريكين فصاعدا أن يشترطا أن يكون لأحدهما من الربح زيادة على مقدار ماله فيما يبيع ، ولا أن يكون عليه خسارة ، ولا أن يشترطا أن يعمل أحدهما دون الآخر ، فان وقع شىء من ذلك فهو باطل مردود ، وليس له من الربح الا ما يقابل ما له من المال ، وعليه من الخسارة بقدر ذلك ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى[4] .

ومن كانت بينهما الدابة مشتركة لم يجز أن يتشارطا استعمالها بالأيام ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل[5] .

١٠ — فى النكاح : اذا اشترط فى النكاح شرط فاسد مثل أن يؤجل الصداق الى أجل مسمى أو غير مسمى ، أو يؤجل بعضه الى أجل كذلك ، أو عقد النكاح على ألا ينكح عليها ، أو ألا يتسرى عليها ، أو ألا يرحلها عن بلدها ، أو عن دارها ، أو ألا يغيب مدة أكثر من كذا ، أو على أن يعتق أم ولده فلانة ، أو على أن ينفق على ولدها ، أو شرط هبة كذا ، أو بيع كذا ، أو نحو ذلك ، فهو نكاح فاسد مفسوخ أبدا ، وان ولدت له الأولاد ، ولا يتوارثان ، ولا يجب فيه نفقة ولا صداق ولا عدة ، لأن هذه شروط ليست فى كتاب الله تعالى ، ولأن كل ذى عقل يعلم ان كل ما عقدت صحته بصحة أمر لا يصح ، فانه لا يصح ، فكل نكاح عقد على ألا صحة له الا بصحة الشروط المذكورة فلا صحة له واذا كان غير

(١) المحلى ج ٨ ص ٢٢٦ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ٢٣٢ .
(٣) المحلى ج ٨ ص ٢٤٧ .
(٤) المحلى ج ٨ ص ١٢٤ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ١٢٦ .

صحيح فلا تكون زوجة ، واذا لم تكن زوجة فان كان عالما فعليه حد الزنا ولا يلحق به الولد •• وان كان جاهلا فلا حد عليه والولد لا حق به(١) •

وكذا يفسخ النكاح اذا اشترط فيه ألا صداق عليه لأن الله تعالى يقول « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » فقد أمر الله تعالى به واشتراط ألا صداق مخالف لما أمر الله به •

ويجوز بغير(٢) ذكر صداق لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » •

وأيضا لا يحل نكاح الشغار وهو أن يتزوج هذا وليه هذا على أن يزوجه الآخر وليته أيضا سواء ذكرا فى كل ذلك صداقا لكل واحدة منهما ،أو لأحداهما دون الأخرى ، أو لم يذكرا فى شيء من ذلك صداقا ، كل ذلك سواء يفسخ أبدا ، ولا نفقة فيه ، ولا ميراث ، ولا صداق ، ولا شيء من أحكام الزوجية ، ولا عدة •

فان كان عالما فعليه الحد كاملا ولا يلحق به الولد •

وان كان جاهلا فلا حد عليه والولد له لاحق •

وان كانت هى عالمة بتحريم ذلك فعليها الحد •

(١) المحلى ج ٩ ص ٤٩١ — ٤٩٤ .
(٢) المحلى ج ٩ ص ٤٦٦ .

وان كانت جاهلة فلا شيء عليها ، لما روى أن العباس بن عبد الله بن العباس ابن عبد المطلب أنكح ابنته عبد الرحمن ابن الحكم بن أبى العاص بن أمية ، وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جعلا صداقا ، فكتب معاوية الى مروان يأمره بالتفريق بينهما ، وقال معاوية فى كتابه : هذا الشغار الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم(٣) •

واذا تزوج شخص المطلقة ثلاثا ليحلها لزوجها الأول ، فان اشترط فى العقد انه يطلقها اذا وطئها فهو عقد فاسد مفسوخ ولا تحل له به •• وان لم يشترط ذلك فى العقد جاز ، ويكون بالخيار ان شاء طلقها ، وان شاء أمسكها فان طلقها حلت للأول(٤) •

١١ — فى الضمان : لا يجوز أن يشترط فى عقد بيع ، ولا فى سلم ، ولا فى مداينة أصلا اعطاء ضامن ، ولا يجوز أن يكلف أحد فى خصومة اعطاء ضامن به ، لئلا يهرب ، وكل ذلك باطل ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، ولأنه تكليف ما لم يأت نص من الله تعالى ولا من رسوله عليه الصلاة والسلام بايجابه(٥) •
(أنظر مصطلح كفالة) •

ولا يجوز أن يشترط فى ضمان اثنين عن واحد أن يأخذ أيهما شاء بالجميع،

(٣) المحلى ج ٩ ص ٥١٥ .
(٤) المحلى ج ١٠ ص ١٨٠ — ١٨٧ .
(٥) المحلى ج ٨ ص ١١٩ .

ولا أن يشترط ذلك الضامن فى نفسه ، وفى المضمون عنه ، ولا أن يشترط أن يأخذ الملىء منهما عن المعسر والحاضر عن الغائب ، وذلك لأنه ضمان لم يستقر عليهما ولا على واحد منهما بعينه ، وانما هو ضمان معلق على أحدهما بغير عينه لا يدرى على أيهما يستقر فهو باطل ، لأن ما لم يصح على المرء بعينه حين عقده اياه فمن الباطل أن يصح عليه بعد ذلك فى حين لم يعقده فيه ولا التزمه ، فاذا ضمن اثنان فصاعدا حقا على انسان فهو بينهم بالحصص[1] .

١٢ — فى العارية : العارية غير مضمونة أن تلفت من غير تعدى المستعير سواء ما غيب عليه من العوارى وما لم يغب عليه منها .

فان اشترط الضمان على المستعير فهذا الشرط باطل ، لأنه ليس فى كتاب الله تعالى ، ولما روى عن على بن أبى طالب قال : « العارية ليست بيعا ولا مضمونة انما هو معروف الا أن يخالف فيضمن (أنظر مصطلح عارية) .

١٣ — فى الهبة : لا تجوز الهبة بشرط أصلا كمن وهب أمة على ألا يبيعها الموهوب، أو على أن يولدها أو غير ذلك من الشروط كما لا تجوز الهبة التى يشترط فيها الثواب أصلا ، وهى فاسدة مردودة ، لأن هذا الشرط ليس فى كتاب الله تعالى ، ولأن فى القرآن المنع منه بعينه قال الله تعالى « ولا تمنن تستكثر » وعن قتاده عن ابن عباس فى قول الله تعالى « وما آتيتم من ربا » قال هو هدية الرجل أو هبة الرجل يريد أن يثاب أفضل منه فذلك الذى لا يربو عند الله ، ولا يؤجر عليه صاحبه ولا اثم عليه ، قال على : هذا اذا أراده بقلبه ، وأما اذا اشترطه فعين الباطل والأثم[2] .

١٤ — فى الوصية : اذا أوصى شخص لأم ولده ما لم تنكح فهو باطل ، الا أن يوقف عليها وقفا من عقاره ، فان نكحت فلا حق لها فيه ، لكن يعود الوقف الى وجه آخر من وجوه البر ، فهذا جائز .

وانما بطلت الوصية لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، وأيضا فانه لا يعلم هل تستحق هذه الوصية أم لا الا بموتها ، وهى بعد الموت لا تملك شيئا ولا تستحقه وأما ادخالها فى الوقف بصفة فهذا جائز لأنه تسبيل يوقف فيه عند حد المسبل وليس تمليكا لرقبة الوقف[3] .

١٥ — فى العتق ولا يجوز عتق بشرط أصلا ولا باعطاء مال الا فى الكتابة فقط ولا بشرط خدمة ولا بغير ذلك[4] .

---

(١) المحلى ج ٨ ص ١١٨ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ١١٨ — ١٢٠ .
(٣) المحلى ج ٩ ص ٣٤٢ .
(٤) المحلى ج ٩ ص ١٨٥ — ١٨٧ .

١٦ ــ فى الكتابة : ولا تحل الكتابة على شرط خدمة ولا على عمل بعد العتق ، ولا على شرط لم يأت به نص أصلا والكتابة بكل ذلك باطلة ، لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل(١) .

القسم الثالث : شروط باطلة تسقط ويصح العقد .

ومن أمثلتها : ١ ــ فى عقد البيع : ما جاء فى المحلى من أنه لا يحل بيع سلعة على أن يوفيه الثمن فى مكان مسمى ولا على أن يوفيه السلعة فى مكان مسمى ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل لكن يطالبه البائع بايفائه الثمن حيث هما أو حيث وجده هو أو كيله من بلاد الله تعالى ان كان الثمن حالا لأمر الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم باعطاء كل ذى حق حقه وليس على البائع ، الا ألا يحول بين المشترى وبين ما باع منه فقط(٢) .

٢ ــ العمرى والرقبى : هبة صحيحة تامة يملكها المعمر والمرقب كسائر ماله يبيعها ان شاء وتورث عنه ، ولا ترجع الى المعمر ولا الى ورثته سواء اشترط أن ترجع اليه أو لم يشترط وشرطه لذلك ليس بشىء .

والعمرى هى أن يقول : هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الشىء عمرى لك ، أو قد أعمرتك اياها ، أو هى لك عمرك ، أو قال : حياتك أو قال : رقبى لك ، أو قد أرقبتكها ، كل ذلك سواء ، لما روى عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعمر عمرى له ولعقبه فهى له بتلة ولا يجوز للمعطى فيها شرط ولا ثنيا » وما روى عن نافع : أنه قال : سأل رجل ابن عمر عمن أعطى ابنا له بعيرا حياته فقال ابن عمر : هو له حياته وموته « وعن ابن عباس من أعمر شيئا فهو له »(٣) .

٤ ــ فى الوقف : من حبس وشرط أن يباع الحبس أن احتيج صح الحبس لخروج الشىء المحبوس بهذا اللفظ الى الله تعالى ، وبطل الشرط ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، وهما فعلان متغايران ، الا أن يقول : لا أحبس هذا الحبس الا بشرط أن يباع ، فهذا لم يحبس شيئا ، لأن كل حبس لم ينعقد الا على باطل لم ينعقد أصلا(٤) .

مذهب الزيدية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة : ويندرج تحت هذا القسم الشروط التالية :

الأول : اشتراط وصف فى محل العقد .

ومن أمثلته : فى البيع : اذا اشترط فى المبيع وصف لا يؤدى الى جهالة صح البيع

(١) المحلى ج ٩ ص ٢٤١ ــ ٢٤٣ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٢٧ .
(٣) المحلى ج ٩ ص ١٦٤ ــ ١٦٧ .
(٤) المحلى ج ٩ ص ١٨٣ .

والشرط ، وذلك كاشتراط أن تكون البقرة المبيعة لبونا — أى ذات لبن فى الماضى — فان كان للمبالغة فى كثرة اللبن فسد البيع وكاشتراط أن تغل الأرض المبيعة أو الشجرة كذا ، وأراد بذلك كونه صفة ثابتة فى الزمن الماضى ، فلو جعله شرطا فى المستقبل لم يصح ..

ويعرف حصول الوصف بأول المدة المستقبلة ، بأن تغل مثل ذلك فى أول ثمرة أو تحلب مثل ذلك فى أول حلبة مع سلامة حالها وانتفاء الضار فى تلك المدة ، كالبرد ونحوه ، وحصول ما تحتاج اليه ويعتاد للبقرة مثلا والشجرة والأرض من العلف والمحل والسقى والحرث ونحو ذلك ..

فاذا وجد الشرط نفذ العقد ، وعدم الخيار وان لم يوجد فخيار فقد الصفة باق ، وكذا لو شرط كون الحيوان فتيا أو هملاجا أو الثوب شاميا أو صنعانيا أو نحو ذلك صح[1] .

الثانى شرط يلائم مقتضى العقد .

ومن أمثلته : فى البيع : ما اذا اشترط البائع كفيلا أو رهنا فى الثمن أو فى المبيع أو شرط المشترى كفيلا فى الثمن ان استحق المبيع فانه يصح سواء كان الكفيل أو الرهن معينا أم لا .

فلو امتنع من تسليم الرهن أو امتنع الكفيل فللبائع الفسخ ولا اجبار فى تسليم الرهن لأن من شرط الرهن التراضى[2] .

الثالث : اشتراط أمر مشروع .

ومن أمثلته : فى البيع : ما اذا اشترط فى البيع خيار معلوم لشخص معلوم حال العقد .. أو اشترط تأخير المطالبة بالثمن كتأجيله مدة معلومة ، صح العقد والشرط .

فان اشترط مدة مجهولة كتأجيله الى الصيف أو الخريف .. أو مجىء القافلة ونحو ذلك من الآجال المعلقة بوقت غير معلوم فلا يصح[3] .

الرابع : شرط يصح أفراده بالعقد ، ومن أمثلته : فى البيع : اذا اشترط فى البيع شرط يصح أفراده بالعقد ، كأن يشترى منه طعاما أو غيره على أن يوصله البائع الى منزل المشترى ، فان ذلك يصح ، كما لو استأجره على ذلك دون أن يكون هناك بيع ، وكذا لو اشترى منه زرعا على أن يحصده البائع صح ذلك ، لأنه من تمام العقد .

فان لم يف البائع بما شرط عليه أجبر أن أمكن والا كان للمشترى الخيار .

---

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٧٣ — ٣٧٤ .

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧٠ .

(٣) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧٢ ، ص ٣٧٤

فان اختار تمام البيع قسط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل بالنسبة ..

ومن هذا النوع من الشروط ما لو اشترى شجرة واشترط على البائع بقاءها فى قرارها مدة معلومة ، فانه يصح كما لو استأجر مكان تلك الشجرة وكذا لو كان الشارط البائع لمصلحة فى بقائها كمد الأثواب عليها للتشمس ، وذكر له مدة معلومة صح البيع فان لم تكن له منفعة فى بقائها فلا يصح لأنه بالشرط رفع موجب العقد[1] .

الخامس : استثناء بعض منافع محل العقد :

ومن أمثلته : فى البيع : اذا استثنى البائع بعض منافع المبيع ، كما لو باع بهيمة واشترط البائع أن ترضع ولدها مدة معلومة فانه يصح ، لأنه بيع واستثناء لا بيع وشرط وكذا لو شرط البائع الركوب الى موضع معلوم صح .

وهذا بخلاف ما لو اشترى فصيلا وشرط على البائع ارضاعه فان الشرط لا يصح ويفسد العقد ، لأن ارضاع الفصيل لا يصح أفراده بالعقد ، لعدم صحة الاستئجار على الرضاع ، لتضمنه بيع المعدوم[2] .

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٧٤ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٧٤ .

السادس : شرط فيه مصلحة :

ومن أمثلته : ١ ــ فى المضاربة اذا اشترط المالك فى المضاربة شرطا يؤدى الى حجر العامل عن بعض التصرفات ، كان يقول له لا تتجر فى الجنس الفلانى ، أو لا تشتر من فلان ، أو لا تشتر بعد سنة ، أو لا تسافر ، أو لا تبع بنسأ أو فى بلد كذا ، فانه يصح هذا الحجر ، ولا يمنع من صحتها .

بخلاف ما لو قال : لا تبع الا من فلان ، فان هذا الشرط يفسد المضاربة وكذا لو قال : لا تبع الا بنسأ ، ومراده لأجل زيادة الثمن فى البيع بنسأ فسد العقد .

وفى الصور التى يصح فيها الشرط : على العامل أن يمتثل فان خالف أمر المالك أو غرضه فيما جر عليه أثم وضمن التالف من المال ، فان لم يتلف المال لم ينعزل اذا خالف فيما هو حفظ كالسفر والنسيئة والمكان .. وان خالف فى التجارة كشراء ما نهى عنه أو ممن نهى عنه .. فانه ينعزل فى تلك الصفقة فقط ، فان أجاز المالك تصرفه بعد ذلك صح ان أضاف الشراء الى المالك لفظا أو نية ، ثم ان لم يربح فلا شىء له ، وان ربح فله الأقل من المسمى وأجرة المثل (أنظر مصطلح مضاربة)[3] .

(٣) التاج المذهب ج ٣ ص ١٥٣ .

٢ ــ فى الابراء : يصح تقييد الابراء بالشرط كأن يقول أبرأتك من الشفعة بشرط أن تسلم لى كذا أو على أن تسلم كذا فان حصل الشرط صح الابراء والا فلا وكذا لو قال : أبرأتك على هبة كذا لى أو على أن تمكننى من كذا فان حصل ذلك العوض صح الابراء ولا رجوع للمبرىء •• (أنظر مصطلح ابراء)(١) •

٣ ــ فى الشفعة : اذا اشترط الحاكم أو المحكم على الشفيع أنه ان لم يسلم الثمن فى يوم كذا فلا شفعة له ، فانه اذا مطل بطلت شفعته ولو لم يقبل الشرط •

وكذا لو شرط الشفيع على نفسه أو شرط المشترى على الشفيع وقبل الشفيع شرط المشترى فانه اذا مطل عن تسليم الثمن على حسب الشرط بطلت شفعته فان لم يقبل لم تبطل شفعته بالمطل بل يرفعه الى الحاكم(٢) •

شرط البراءة من العيوب فى البيع :

جاء فى التاج المذهب : أنه اذا تبرأ البائع من جنس من العيوب عينه ، أو أجناس معينة نحو أن يقول بعتك هذه الأرض وأنا برىء من الصخرات أو الأشجار أو الحفر التى فيها ، أو نحو ذلك صح ذلك وان لم يذكر قدر ذلك الجنس فيبرأ منه وان كثر للجهالة وذلك حيث كان ذلك العيب الذى تبرأ منه موجودا ، أو مقدرا حصوله كالشىء الكامن ، أما ان كان معدوما فلا يصح التبرؤ منه ، والمشترى على خياره •

ولا يدخل فى الموجود ما حدث من جنسه من بعد الشرط ولا ما انكشف من غيره وكذا لو تبرأ من قدر معلوم من جنس من العيوب عينه وانكشف القدر الذى تبرأ منه من غير زيادة نحو بعتك هذه الأرض وأنا برىء من ثلاث صخرات فيها أو نحو ذلك ، فانه يبرأ ويبطل بذلك خيار المشترى ، وكذا لو نقص أو لم يوجد شىء ••

فلو انكشف زائدا عما تبرأ منه وكان الزائد على انفراده ينقص القيمة فله رده به والا فلا •

أما لو تبرأ البائع من كل عيب فى المبيع كأن يقول بعتك هذه الدار أو الفرس وأنا برىء من كل عيب فيها ، صح العقد ، ولغا الشرط وثبت للمشترى خيار رد المعيب ، وكذا لو أبرأه المشترى من كل عيب فانه لا يبرأ ، واذا تبرأ البائع مما حدث فى المبيع بعد العقد وقبل القبض نحو أن يقول : بعت منك هذا والتزمت لك بما حدث فيه من العيب فسد العقد اذا كان التبرؤ شرطا مقارنا للعقد ، وكذلك لو عين جنس العيب أو قدره ، لأنه تبرأ حال العقد بما سيحدث قبل القبض فرفع موجبه ،

---

(١) التاج المذهب ج ٤ ص ١٧٦ .
(٢) نفس المرجع ج ٣ ص ٥٩ .

أما لو تبرأ بعد العقد صح العقد ولغا الشرط وثبت الخيار للمشترى[١] .

القسم الثانى : الشروط الفاسدة : التى تفسد العقد : ويندرج تحتها الشروط التالية :

الأول شرط يرفع موجب العقد :

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع ما يرفع موجبه فسد البيع كأن يشترط البائع على المشترى ألا ينتفع بالسلعة المبيعة ، فان هذا الشرط يرفع موجب العقد ، لأن العقد يوجب انتفاع المشترى بالمبيع فلو شرط ألا يبيع ولا يهب أو لا يعتق أو لا يدخل المبيع بيته ثلاثة أيام أو أكثر ، أو مطلقا ، أولا يلبس الثوب ، أو شرط بقاء الثمرة المشتراه ، سواء جرى العرف ببقائها ، أم لا ، أو باع نصف دابة ، أو كلها صالحة للركوب على ألا يركبها المشترى الى وقت انزاء الفحل عليها ، فسد العقد ، لأن هذه الشروط كلها ترفع موجبه .

وكذا لو شرط البائع على المشترى ألا يرجع عليه بالثمن عند استحقاق المبيع فسد لأنه يرفع موجبه .

وكذا لو كان الشرط يرفع موجب العقد فى الثمن كأن يقول : اشتريت منك الدار بمائة على أنك لا تهب الدراهم أو لا تتصرف بها فسد العقد ، أو شرط البائع أو المشترى بقاء المبيع فى يد البائع ولو رهنا حتى يؤدى المشترى الثمن[٢] .

٢ ــ فى المضاربة : اذا اشترط فى المضاربة ما يخالف موجبها فسدت ، نحو أن يقول العامل أو المالك ولى من الربح درهم فهذا الشرط يقتضى رفع موجبها ، لأن موجبها أن يقسما الربح وحيث شرط درهم لأحدهما فقد لا يحصل الا هو فيستبد به المشروط له ويبقى الآخر بلا ربح .

ومن ذلك أن يشترط العامل أن ينفق من مال المضاربة وان كان مقيما فهذا يقتضى مخالفة موجبها ، لأن موجبها ألا يأكل من مال المضاربة الا فى حال السفر فقط . وكذا لو شرط أن تكون الخسارة على المالك أو عليهما أو شرط ألا يبيع أو لا يشترى الا من فلان لجواز أن يموت أو يمتنع فلان هذا أو شرط نفقة خادم للعامل أو لغيره ، فمثل هذه الأمور يشترط فى صحة المضاربة تركها ، فاذا ذكر شىء منها فسدت[٣] .

٣ ــ فى الرهن : اذا اشترط فى الرهن ما ينافيه ، نحو أن يرهنه شيئا على ألا يقبضه ، فانه يفسد عقد الرهن لاختلال شرط من شروط صحته وهو القبض .. (أنظر مصطلح رهن) .

٤ ــ فى الشفعة : اذا اشترط الشفيع الخيار كما لو قال شفعت فى المبيع

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٤١٧ ــ ٤١٨ .

(٢) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٦٩ ــ ٣٧٠ .
(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ١٥٣ .

ولى الخيار فان شفعته تبطل[1] (أنظر مصطلح شفعه) •

الثانى : اشتراط أمر لا تعلق له بالعقد •

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع أمر لا تعلق له به فسد به البيع وذلك كاشتراط شرطين فى البيع ، مثل أن يقول : بعت منك هذا الثوب بعشرة ان كان الثمن نقدا ، أو بتسعة أو أحد عشر ان كان نسيئة •

وكذا اذا أدى الشرط الى اجتماع بيعتين فى بيعة ، كأن يقول : بعت منك بهذا الثمن على أن تبيعنى به كذا •

وكذا لو قال اشتريت منك نصف هذه الأرض مشاعا على أن يكون نصيبى عند القسمة غربيا أو نحو ذلك ، فانه يفسد به العقد ، ولو كانت الأرض مستوية لأنه شرط لا تعلق له بالعقد[2] •

٢ ــ فى الهبة : تصح الهبة بعوض مشروط مالا كان أم منفعة وتكون فى هذه الحالة بيعا ، فاذا قال وهبت منك هذه الأرض على هبة هذه ، فقال الآخر : وهبت أو قبلت فحكمها حكم البيع •

فان قال وهبت منك هذه الأرض على أن تهب لى هذه الأرض فهذا شرط مستقبل يفسد الهبة كما يفسد البيع فتفسد الهبة الأولى[3] •• (أنظر مصطلح هبة) •

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٣٧ •
(٢) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٧١ ــ ٣٧٢ •
(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ٢٦٤ ــ ٢٦٥ •

الثالث : شرط غير مشروع ، ومن أمثلته :
١ ــ فى الاجارة اذا أجر مسلم بيته من ذمى ليبيع فيه خمرا ، أو ليصلى فيه أو ليجعله كنيسة ، فان ذلك لا يجوز أن شرط فى العقد ، أو كان مقصودا ولو كانوا مصالحين على ذلك ، لأن المعاونة عليه[4] محظورة (أنظر مصطلح اجارة) •

٣ ــ فى القرض : اذا اشترط فى القرض ما يقتضى الربا بطل القرض نحو أن يقرضه كذا على أن يقضيه فى مكان كذا وله منفعة بذلك القرض أو على أن يرد له أكثر مما أقرضه •• أو أن يقرض الحب الدفين المتغير ، أو الذى أكله السوس بحب سليم •• فاذا شرط المقرض ذلك لم يجز ، لأن كل قرض جر منفعة فهو ربا ، ولو أضمر هذا الشرط لم يجز أيضا ، لأن المضمر فى الربا كالمظهر الا اذا كانت المنفعة للمستقرض فقط جاز ولو شرط ، وكذا لو كانت المنفعة لهما معا ، واستوت المنفعتان ، جاز ، نحو أن يريد كل واحد منهما نقل ماله الى بلد الآخر ، فتقارضا كذلك ، ليسلما من مؤنة النقل أو خوف الطريق[5] •

الرابع : شرط يؤدى الى جهالة :

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : يفسد البيع اذا اقترن به شرط يقتضى جهالة فى البيع ، كاشتراط خيار مجهول المدة أو يقتضى جهالة

(٤) التاج المذهب ج ٣ ص ٧١ •
(٥) التاج المذهب ج ٢ ص ٤٨٤ ، ص ٤٨٧

صاحب الخيار حال العقد ، كأن يقول : لأحدنا الخيار أو يقول : الخيار أما لزيد أو لعمرو ، أو يجعل الخيار لشخص مجهول .. أو يقتضى جهالة فى المبيع كاشتراط ارجاح وزن المبيع ولا يذكر قدرا معلوما[1] .

وكذا لو اشترط الرزم فى الكيل .. لأن الرزم[2] يختلف الا أن يكون التفاوت يسيرا يتسامح به كما فى كيل الذرة والبر ونحوهما لا فى الزبيب والحناء فلابد من شرط الرسل .

أو شرط كون البقرة المبيعة لبينا أو سمينا فان ذلك يقتضى الجهالة ، لأنها صيغة مبالغة ، فكأنه قال على أن فيها لبنا أو سمنا كثيرا ، والكثير مجهول فيفسد العقد .

الا أن يجرى عرف بأنهما للوصف فحينئذ يصح .

أو يقتضى جهالة فى الثمن ، كاشتراط ارجاحه ولا يذكر قدرا معلوما ولا جرى عرف بقدر معلوم ، وكأن يشترى صبرة من موزون أو مكيل ويشرط المشترى على البائع حط قيمة كذا أرطالا ، أو مكيالا من تلك الصبرة المبيعة جملة ، فان ذلك يقتضى الجهالة فى الثمن اذ القيمة مجهولة غير مقدرة ، لأنه يرجع فيها الى المقومين ، وهم يختلفون الا أن تكون القيمة معروفة عندهم . وكأن يبيع أرضا ، ويشترط على نفسه للمشترى أن الذى على المشترى من خراج هذه الأرض عشرة دراهم مثلا .. فان ظهر ان خراج الأرض أكثر من عشرة أو أقل فسد العقد ، لأنه ان ظهر أن المضروب على الأرض خمسة ، فقد شرط البائع على المشترى خمسة دراهم فى كل خراج ، وهذه زيادة فى الثمن مجهولة .

وان انكشف أن المضروب على الأرض أكثر من عشرة فقد شرط البائع على نفسه أن يدفع عن المشترى الزائد على العشرة من الخراج وهذه زيادة فى المبيع مجهولة والأولى زيادة فى الثمن مجهولة ، فلا يصح العقد فيهما ، الا اذا ذكرت مدة معلومة فحينئذ يصح فيهما[3] (أنظر مصطلح بيع) .

٢ — فى الاجارة : لا يجب على المستأجر الانفاق على الدابة المستأجرة فى مدة الاجارة ومدة الرد ، بل هو على المالك للحيوان كالوديعة والعارية ، فان اشترط الانفاق على المستأجر كانت الاجارة فاسدة لجهالة الأجرة ، لأن النفقة تكون من جملة الأجرة وهى مجهولة ويلزم المستأجر أجرة ما انتفع به وله ما أنفق الا أنه اذا كان الانفاق معلوما جنسا

(١) ارجاح الوزن : هو ارتفاع احدى كفتى الميزان وانخفاض الأخرى .
(٢) أرزم : الشىء جمعه وبابه نصر والرزمة الكارة من الثياب وقد رزمها ترزيما اذا شدها رزما .
(٣) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٦٦ — ٣٦٩ .

ونوعا وقدرا صح فى المثليات لا فى القيميات[١] .

وكذلك يلزم المكرى صلاح ما تغير من الدار .. واصلاح بئر الماء .. ليتمكن المكترى من الانتفاع ..

فلو جرت العادة بأن يفعل ذلك المكترى أو شرط عليه كانت الاجارة فاسدة لجهالة ذلك وهو من جملة الأجرة[٢] .

القسم الثالث : الشروط الباطلة : هذا النوع من الشروط يلغو ويصح العقد ويندرج تحته الشروط التالية :

الأول : اذا اشترط فى البيع أمر لا يقتضى جهالة فى العقد ، ولا فى المبيع ، ولا فى الثمن ، ولا يرفع موجب العقد ، فان الشرط يلغو ، لعدم لزومه ويصح العقد .

مثال ذلك : أن يشرط البائع على المشترى أن يطأ المبيعة ، أو يعتقها ، أو ألا يطأها ، أو أن الولاء للبائع ، فلا يلزم الشرط .

ولكن اذا شرط ما هذا حاله ندب الوفاء بالشرط حيث لا يأثم به .

فلو شرط عليه ألا يطأ الأمة فيندب له ألا يطأها الا أن يخشى وقوعها فى محظور فيحسن منه ترك الوفاء .

أما لو شرط عليه أن يطأ الأمة وهى رضيعته فيحرم عليه الوفاء .

ومن حكم هذا الشرط أن البائع يرجع على المشترى بما حط له من القيمة ، لأجل الوفاء بالشرط أن لم يحصل الوفاء به ، فلو كانت قيمة العبد ألفا فباعه بتسعمائة واشترط عتقه فان لم يف بالعتق رجع عليه البائع بمائة[٣] .

الثانى : شرط يخالف موجب العقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى النكاح : اذا اشترط فى عقد النكاح ما يقتضى خلاف ما يوجبه العقد كان الشرط لغوا أى لا حكم له وكأنه لم يذكر فى العقد فيصح العقد ويبطل الشرط ، وذلك نحو أن يقول : تزوجتها على أن أمر طلاقها اليها ، أو على ألا مهر لها ، أو على ألا يخرجها من جهة أهلها ، أو على أن نفقتها عليها ، أو على أن نفقته عليها أو على أن أمر الجماع اليها ، لكن اذا نقصت له شيئا من المهر لأجل أحد هذه الشروط ، فان وفى بذلك الشرط صح النقصان ، وان لم يف رجعت عليه بما نقص من مهرها .

وكذلك شرط الخيار فى النكاح لا يفسده فيصح العقد ، ويلغو الشرط .

وكذا لو اشترطت على الزوج أمر مستقبل كاشتراطها عليه أن يطلق فلانة أو على ألا يسكن

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٧٨ .
(٢) نفس المرجع ج ٣ ص ٨٠ .

(٣) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٧٥ .
(٤) التاج المذهب ج ٢ ص ٣١ .

بلد كذا صح العقد ولغا الشرط ان لم يكن غرضا فان كان غرضا ولم يف به وفيت مهر المثل[١] .. (أنظر مصطلح نكاح) .

٢ — فى الاقالة : من أحكام الاقالة وكل فسخ أن يرجع المشترى على البائع بالثمن الأول فقط من غير زيادة ولا نقصان ولو سكت عنه ولم يذكره عند الاقالة .

ويلغو كل شرط يخالف ذلك فلو شرط أحدهما فى الاقالة خلاف الثمن .. نحو أن يقيله على أن يحط عنه من الثمن كذا أو يزيد كذا ، فان هذا الشرط يلغو .

وكذا لو شرط خلاف الثمن فى الصفة نحو أن يكون المشترى قد دفع دراهم سوداء فأقاله على أن يرد مثلها بيضاء فان الشرط يلغو وتصح الاقالة ولا يلزمه[٢] الا الثمن (أنظر مصطلح اقالة) .

٣ — فى الشركة : من شروط صحة شركة المفاوضة ألا يفضل أحد الشريكين على على الآخر فى الربح ولا فى الخسارة .

فلو شرطا تفضيل أحدهما فى الخسارة ألغى الشرط .

وان شرطا التفضيل فى الربح فان كان للعامل صح الشرط وكانت عنانا وان كان لغير العامل يلغى الشرط ويتبع الربح المال[٣] .

أما شركة العنان فان الخسارة فيها غير المضمونة أى التى لم تحدث بتعد أو تفريط تكون على كل شريك بقدر حصته فى المال من نصف أو ثلث أو ربع سواء شرطا المساواة فى الخسارة أم شرطا تفضيل أحدهما فيه فيلغو الشرط .

وكذا الربح يتبع رأس المال أيضا ان أطلقا ولم يذكرا كيفية الربح بل سكتا عنه أو شرطا تفضيل غير العامل ، منهما فان الربح يتبع رأس المال ويلغو الشرط .

وكذا لو شرط لأحدهما قدر معلوم من رأس الربح نحو عشرين مثلا ،ويقسم باقيه بينهما لغا الشرط ويكون الربح بينهما على قدر رأس المال ، ولا تفسد الشركة بذلك الشرط ، لأنها[٤] تقبل الجهالة .

أما فى شركة الوجوه فان الربح والخسر يتبع المال فقط ، فان شرطا تفضيل العامل منهما أو غيره ، فان الشرط يلغو ، وتصح الشركة ويتبع الربح والخسر المال[٥] .

٤ — فى الرهن : اذا اشترط فى الرهن شرط يخالف موجب الرهن لغا الشرط وصح الرهن نحو أن يشرط المرتهن أنه لا يضمن الرهن أو شرط عدم بيعه عند تعذر الاستيفاء ، أو قال ان جئتك بحقك الى وقت كذا والا فالرهن لك فان هذه الشروط

(١) التاج المذهب ج ٢ ص ٣٠ .
(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٤٧٩ — ٤٨٠ .
(٣) التاج المذهب ج ٣ ص ١٧٣ — ١٧٤ .
(٤) نفس المرجع ج ٣ ص ١٧٧ — ١٧٨ .
(٥) التاج المذهب ج ٣ ص ١٧٩ .

كلهـا فاسدة تلغى ، ولا يفسـد عقد الرهن بهـا[١] .

٥ ــ فى الهبـة : اذا اشترط فى الهبـة ما ليس بمـال ولا غـرض لغـا الشرط وصحت الهبـة ، وذلك كان يقـول : وهبتك هـذا الشىء بشرط أن تحـرك أصـبعك ، فان الشرط يلغـو ، وتصح الهبة .

وكذا لو خالف الشرط موجب الهبـة وكأن يقـول وهبتـك هـذا على ألا تتصرف فيه ببيـع ولا هبـة أو نحوهمـا ، أو على أن تعـود الهبـة الى الواهب بعـد موت المتهب أو وهبت شـيئا من الأعيـان لمـدة مؤقتة كشـهر أو سنة صحت الهبة ولغـا الشرط[٢] .

٦ ــ القسـمة : جـاء فى التـاج المذهب : أن القسـمة تخالف البيـع فى أمور منهـا أن القسـمة لا تفسـدها الشروط المفسدة للبيع[٣] .

مذهب الامامية :

القسـم الأول : الشروط الصـحيحة : ويندرج تحتها الشروط التالية :

الأول اشتراط صفة مقصـودة فى محـل العقـد .

(١) نفس المرجع ج ٣ ص ٢٢٧ .
(٢) نفس المرجع ج ٣ ص ٢٧١ .
(٣) نفس المرجع ج ٣ ص ٢١٥ .

ومن أمثلتها : ١ ــ فى البيـع : اذا اشترط فى السـلعة المبيعـة صـفة مقصـودة ، كاشتراط أن الأمة أو الدابة حامل ، أو العبـد كاتب أو صباغ[٤] صح الشرط والعقد .

٢ ــ فى النـكاح كمـا لـو تزوج امرأة على أنها حرة ، فان ظهر أنهـا أمة أو مبعضـة فله الفسـخ ، وان دخل بها ، لأن ذلك فائدة الشرط وهذا اذا كان الزوج ممن يجـوز له نكاح الأمة ووقع باذن مولاها أو مباشرته والا بطل فى الأول ووقع موقوفا على اجازته فى الثـانى على أصـح القـولين ــ وكذلك يكون للزوجة حق الفسخ ان تزوجته على أنه حر فظهر عبـدا .. ولا مهـر فى الصورتين بالفسخ قبل الدخول ، ويجب جميع المهـر بعـده لاستقراره به .. ولو شرطها بكرا فبـانت أنهـا وقت العقـد كانت ثيبـا فله الفسخ[٥] بمقتضى الشرط .

الثانى : اشتراط ما يقتضيه العقـد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيـع : اذا اشترط فى العقـد ما يقتضـيه كان الشرط صـحيحا والعقد صـحيحا .

والمراد بالشروط التى يقتضيها العقـد ما كان مفيـدا لهـا فى نظر الشـارع كالملك فانه المطلب الأعظم الأصلى وكالتسـليم الذى لا يتم الغـرض وهو الانتفـاع الا به ، وكخيـار المجلس مما جعـله الشـارع من كمـال الارتفاق .

(٤) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٢٩ ، ٧٤٢ .
(٥) الروضة البهية ج ٢ ص ١٢٧ ، ١٢٨ .

والمراد بالعقد : العقد المطلق ، فان مقتضاه لوازمه التى لا تنفك عنه[١] .

٢ ــ فى النكاح : يجوز اشتراط ما يقتضيه عقد النكاح كأن تشترط عليه العدل فى القسم والنفقة[٢] .

٣ ــ فى الرهن : وكذا اشتراط ما يقتضيه عقد الرهن صحيح كقوله على أن يباع فى الدين ، أو على أن يتقدم به على الغرماء[٣] .

الثالث والرابع : اشتراط ما فيه مصلحة المتعاقدين ، أو اشتراط ما يؤكد موجب العقد .

ومن أمثلته :

١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع شرط يتعلق بمصلحة المتعاقدين صح البيع والشرط ، وذلك كاشتراط الأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة[٤] .

٢ ــ فى القرض وكذا اذا اشترط فى القرض رهن أو كفيل به أو الاشهاد أو الاقرار به عند الحاكم جاز ، لأن ذلك كله من التوثيق وأحكام الحجة وليست منافع مالية[٥] .

٣ ــ فى الاجارة : يجوز فى الاجارة اشتراط الخيار سواء شرطاه لهما ، أو لأحدهما ، أو لأجنبى ، وسواء كانت المدة معينة أو مطلقة[٦] .

الخامس : اشتراط أمر لا ينافى مقتضى العقد .

ومن أمثلته :

١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع ما لا ينافيه كاشتراط منفعة البائع كخياطة الثوب وصياغة الفضة ، أو اشتراط عقد فى عقد ، كأن يبيعه بشرط أن يشترى منه أو يبيعه شيئا آخر ، أو يزوجه أو يسلفه ، أو يقرضه، أو يستقرض منه ، أو يؤجره ، أو يستأجره أو يستأجر منه فهذه الشروط كلها سائغة[٧] .

ولو اشترط تبقية الزرع المبيع الى أوان السنبل صح .

ولا يشترط تعيين المدة ، بل يكفى أن يحال على المتعارف من البلوغ ، لأنه مضبوط (وهو ظاهر ما جاء فى السرائر والتذكرة والدروس واللمعة) .

والأقوى كما فى ايضاح النافع : أنه ان اشترط التبقية فلابد من ضبط المدة لئلا يتجهل الشرط ، لأن مدة البلوغ غير مضبوطة بالزمان ، لاحتمال التقدم والتأخر .

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٢٨ ــ ٧٢٩ .
(٢) الروضة البهية ج ٢ ص ١١٩ .
(٣) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٤ .
(٤) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٢٩ .
(٥) نفس المراجع ج ٥ ص ٣٧ .
(٦) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٨١ .
(٧) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٠ .

وان أطلق ولم يشترط التبقية يلزم البائع ابقاؤه الى أوان ادراكه وبلوغه ، لأنه اذا لم يشترط كان التراضى على الزرع والابقاء حكم شرعى لزم بلا معاوضة ومع الشرط يكون له جزء من العوض فلابد من عدم جهالته[١] .

٢ — فى الاجارة يجوز لمستأجر العين أن يؤجرها لغيره (لمثله أو دونه) ان لم يشترط المالك التخصيص ، كما لو استأجر الدار على أن يكون هو الساكن أو استأجر الدابة على أن يكون هو الراكب ، فانه فى هذه الحالة لا يجوز له أن يؤجرها لغيره[٢] ..

ولو استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه فنفقته على المستأجر الا أن يشترط على الأجير[٣] .

ولو استأجره لحمل متاع الى مكان واشترط عليه وقتا معلوما لايصاله ، فان قصر عنه نقص من أجرته شيئا معلوما صح الشرط والعقد ، الا أنه لو استغرق الشرط جميع الأجرة لم تصح الاجارة وتثبت له أجرة المثل وهو الذى عليه الفتوى .. لما روى عن محمد الحلبى قال كنت قاعدا عند قاض من قضاة المدينة وعنده أبو جعفر رضى الله عنه جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما : انى تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لى متاعا الى بعض المعادن (المدن) واشترطت عليه أن يدخلنى العدن يوم كذا وكذا ، لأنها سوق وأتخوف أن يفوتنى فان احتبست حططت من الكرى لكل يوم أحتبسه كذا وكذا وأنه حبسنى عن ذلك اليوم كذا وكذا فقال القاضى : هذا شرط فاسد وقد كراه فلما قام الرجل أقبل الى أبو جعفر رضى الله عنه وقال هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه[٤] .

٣ — فى النكاح : يجوز اشتراط ما يوافق الشرع فى عقد النكاح وان كان خارجا عن مقتضى العقد ، وذلك كان يشترط على الزوجة أن يتزوج عليها متى شاء أو يتسرى . أو شرط تأجيل المهر أو بعضه الى أجل معين ، وكذا لو شرط ابقاءها فى بلدها لزم الشرط ، لأنه شرط لا يخالف المشروع ، فان خصوصيات الوطن أمر مطلوب للعقلاء بواسطة النشوء والأهل والانس وغيرها ، فجاز شرطه توصلا الى الغرض المباح ، وللخبر الصحيح عن أبى العباس عن الصادق رضى الله عنه فى الرجل يتزوج امرأة ، ويشترط لها ألا يخرجها من بلدها : قال يفى لها بذلك ، أو قال يلزمه ذلك، ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم وكذا لو شرط ابقاءها فى منزلها فانه يكون صحيحا ، وان لم يكن منصوصا عليه ، لاتحاد الطريق وقيل يبطل الشرط فيهما ، لأن الاستمتاع بالزوجة فى الأزمنة والأمكنة حق الزوج بأصل الشرع ، وكذا السلطنة عليها فاذا شرط ما يخالفه

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٤ .
(٢) نفس المرجع ج ٧ ص ٨٣ — ٨٤ .
(٣) نفس المرجع ج ٧ ص ٩٥ — ٩٨ .
(٤) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ١٠٨ — ١١٠ .

كان باطلا وحملوا الرواية على الاستحباب • ومتى حكمنا بصحته لم يصح اسقاطه بوجه لأنه حق يتجدد فى كل آن فلا يعقل اسقاط ما لم يوجد حكمه وان وجد سببه[1] •• (أنظر مصطلح نكاح) •

٤ ــ فى المساقاة : واذا اشترط فى عقد المساقاة عقد مساقاة آخر ، فالأقرب الصحة ، لوجود المقتضى وانتفاء المانع •

أما الأول وهو وجود المقتضى فهو اشتراط عقد سائغ فى عقد سائغ لازم فيدخل فى عموم « المؤمنون عند شروطهم » •

وأما الثانى وهو انتفاء المانع فلأن المانع لا يتخيل الا كونه لم يرض أن يعطيه من هذه الحصة الا بأن يرضى منه من الآخر بالحصة الأخرى ، ومثل هذا لا يصلح للمنع كغيره من الشروط الواقعة فى العقود ، ويوجد قول بمنع هذا الشرط وهو منسوب للشيخ أبى جعفر الطوسى استنادا الى وجه ضعيف[2] • (أنظر مصطلح مساقاة) •

٥ ــ فى السلف : (السلم) اذا اشترط فى عقد السلف ما هو معلوم صح ، فلا يبطل باشتراط بيع أو هبة أو عمل محلل أو صنعة ولو أسلف فى غنم وشرط أصواف نعجات بعينها : قيل : يصح ، والأشبه المنع للجهالة[3] • (أنظر مصطلح سلف) •

٦ ــ فى القرض : يجوز أن يقرضه الدراهم ويشترط أن ينقدها[4] بأرض أخرى (أنظر مصطلح قرض) •

٧ ــ فى المضاربة : اذا اشترط المالك على العامل التصرف فى نوع أو نفر معين جاز ذلك ويقتصر العامل على ما تعين له من التصرف[5] (أنظر مصطلح مضاربة) •

٨ ــ فى العتق : ولو شرط عليه فى صيغة العتق خدمته مدة مضبوطة متصلة بالعتق أو منفصلة ، أو متفرقة مع الضبط ، صح الشرط والعتق لعموم « المؤمنون عند شروطهم » ولأن منافعه المتجددة ورقبته ملك للمولى ، فاذا أعتقه بالشرط فقد فك رقبته وفك غير المشروط من المنافع وما ابقاه المشترط على ملكه من المنافع يبقى استصحابا للملك ووفاء بالشرط وهل يشترط قبول العبد ؟ الأقوى ألا يشترط •

وكما يصح اشتراط الخدمة يصح اشتراط شىء معين من المال للعموم •

لكن الأقوى هنا اشتراط قبول العبد • وعند اشتراط الخدمة لا يتوقف انعتاقه

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١١٩ ــ ١٢٠ •
(٢) الروضة البهية ج ١ ص ٣٩٧ •
(٣) المختصر النافع ص ١٥٩
(٤) المختصر النافع ص ١٥٣ •
(٥) نفس المرجع ص ١٧٠ •

على استيفائها ، فان وفى بهـا فى وقتهـا فبهـا والا اسـتقرت أجرة مثلهـا فى ذمته ، لأنها مستحقة عليـه وقـد فاتت فيرجـع الى أجرتهـا .

ولو شرط عوده فى الرق ان خالف شرطا شرطه عليه فى صـيغة العتق فالأقرب بطلان العتق ، لتضـمن الشرط عود من تثبت حريته رقيقـا وهو غير جـائز ولا يرد مثله فى المكاتب المشروط ، لأنه لم يخرج عن الرقية وان تشبث بالحرية بوجه ضعيف ، بخـلاف المعتق بشرط .

وقيل : يصح الشرط ويرجع رقيقـا اذا أخل بالشرط للعموم .

وذهب بعض الأصحاب الى صـحة العتق وبطلان الشرط لبنـائه على التغليب ويضعف هـذا الرأى بعـدم القصد الى العتق مجردا عن الشرط وهو شرط الصحة كغيره من الشروط (أنظر مصطلح عتق)[1] .

٩ ــ فى الوكالة : يجـوز اقتران الوكالة بشرط سـائغ لا يخالف أصلها .

جـاء فى الروضة البهية : ويصـح تعليق التصرف مع تنجيز الوكالة بأن يقول : وكلتك فى كذا ولا تتصرف الا بعد شهر ، لأنه بمعنى اشـتراط أمر سـائغ زائد على أصـلها الجـامع لشروطهـا التى من جملتها التنجيز وأن كان فى معنى التعليق[2] .

السادس : اشتراط العتق والتدبير والكتابة فى البيـع : اذا اشترط فى عقـد البيـع ما بنى على التغليب والسراية صـح العقـد والشرط ، وذلك كمـا لو اشـترط عليه عتق العبـد المبيـع ، أو تدبيره أو كتابتـه فهـذا الشرط صحيح وان نافى مقتضى العقد ، لأن العتـق مبنى على التغـليب ، لأن عناية الشـارع بفك الرقبـة بأدنى سبب يقتضيه تعـرف من تتبع مسـائل العتق ومن دلائل ابتنـائه عـلى التغليب ثبـوت السراية الى المجموع بالشقص[3] (أنظر مصطلح عتق) .

القسـم الثانى : شروط باطـلة تبطـل التصرف ، ويندرج تحت هـذا القسم الشروط التالية .

الأول : شرط ينافى المشروع .

ومن أمثلته .

١ ــ فى البيـع : اذا اشـترط فى البيـع مـا ينافى مقتضاه كمـا لو شرط على المشترى الا يبيعه أولا يقبض المبيع ولا ينتفـع به أو لا يعتقه أو لا يطـأ أو لا يهب أو ان غصبه غاصب رجـع عليـه بالثمن أو أن يعتقـه والولاء للبائـع ، فهـذه الشروط باطـله .

والضـابط أن كل مـا ينافى المشروع أو يؤدى الى جهـالة الثمن أو المثمن فـانه

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١٩٢ ــ ١٩٣ .

(٢) الروضة البهية ج ٢ ص ١٥ ــ ١٦ .
(٣) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٠ ــ ٧٣٥ .

باطل والأقوى بطلان البيع[١] أيضا • (انظر مصطلح بيع) •

٢ ـ فى الاجارة : وكذا لو اشترط فى عقد الاجارة أن يضمن المستأجر العين المؤجرة بدون تعد أو تفريط فالأقرب بطلان العقد لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع ومقتضى عقد الاجارة وقيل يصح العقد والشرط[٢] • (أنظر مصطلح اجارة) •

٣ ـ فى النكاح : نكاح الشغار وهو أن يزوج كل من الوليين الآخر على أن بضع كل واحدة مهرا للأخرى باطل •

والأصل فى تحريمه ما روى من أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنه ولو خلا المهر من أحد الجانبين بطل خاصة •

ولو شرط كل منهما تزويج الأخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى ، لأنه شرط معه تزويج وهو غير لازم والنكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل وكذا لو زوجه بمهر وشرط أن يزوجه ولم يذكر مهرا[٣] • (انظر مصطلح نكاح) •

٤ ـ فى القرض : واذا شرط فى القرض ما ينافى المشروع بطل فلو شرط النفع فى القرض ولو زيادة صفة حرم[٤] (أنظر مصطلح قرض) •

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٠ ـ ٧٣٢ .
(٢) الروضة البهية ج ٢ ص ٣ .
(٣) الروضة البهية ج ٢ ص ١٠٢ ـ ١٠٣ .
(٤) المختصر النافع ص ١٥٩ .

الثانى : شرط يؤدى الى غرر •

ومن أمثلته :

١ ـ فى البيع : اذا اشترط فى البيع أمر مجهول تؤدى جهالته الى غرر كأن يبيعه أو يشترى منه شيئا ويشترط عليه أن يعمل عملا أو يكتب له كتابا فان الشرط باطل والعقد باطل ، لأن كل ما اقتضى تجهيل أحد العوضين للغرر فانه يبطل ويبطل العقد[٥] •

٢ ـ فى الاجارة : وكذا اذا اقترنت الاجارة بشرط يؤدى الى غرر بطلت ، وذلك كما لو استأجر دابة واشترط حمل ما شاء بطل كما فى التذكرة والتحرير وجامع المقاصد للغرر •

ولا يقال ان ذلك ينزل على العادة بحسب حال الدابة ، لأن العادة فى ذلك تزيد وتنقص •• وكذا الحال اذا أجرها ليحمل عليها طاقتها[٦] • (أنظر مصطلح اجارة) •

القسم الثالث : شروط باطلة تسقط ويصح العقد : ويندرج تحت هذا النوع الشروط التالية :

الأول : شرط يخالف المشروع •

ومن أمثلته : (١) فى النكاح : اذا اشترط فى النكاح ما يخالف المشروع لغا الشرط وصح العقد والمهر ، كاشتراط ألا يتزوج وألا يتسرى أولا يطأ أو يطلق كما فى نكاح المحلل

(٥) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٣ .
(٦) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٢١٥ .

أما فساد الشرط فواضح لمخالفته المشروع .

وأما صحة العقد ، فالظاهر اتفاق فقهاء المذهب عليه ، والا كان للنظر فيه مجال كما علم من غيره من العقود المشتملة على الشرط الفاسد .

وربما قيل بفساد المهر خاصة ، لأن الشرط كالعوض المضاف الى الصداق فهو فى حكم المال والرجوع الى قيمته متعذر للجهالة فيجهل الصداق فيرجع الى مهر المثل[1] .

٢ — فى الشركة : اذا تساوى المالان فى القدر ، فالربح بينهما سواء ولو تفاوتا فالربح كذلك وكذا الخسران يكون بالنسبة .

ولو شرط أحدهما فى الربح زيادة فالأشبه أن الشرط لا يلزم[2] .

٣ — فى القرض والهبة : جاء فى تذكرة الفقهاء أن القرض عقد قابل للشروط السائغة ، فلو أقرضه شيئا على أن يقرضه مالا آخر صح ، ولم يلزمه ما شرط بل هو وعد وعده وكذا لو وهب منه ثوبا بشرط أن يهب منه غيره ، وكذا لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه ، أو يسلفه أو يستلف منه ولكن لا يلزم ذلك أما لو باع بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر فانه يجوز البيع والشرط[3] .

٤ — فى الرهن : لو اشترط فى الرهن ما ينافى مقتضاه كما لو اشترط المنع من بيعه فى حقه ، أو من تسليمه اليه بالكلية ، وكاشتراط عدم فكه بعد أداء الحق ، واشتراط أن يرهنه عند غيره ، أو اشترط أن يبيعه بعد شهر أو لا يبيعه الا بما يرضاه الراهن ، أو يرضاه رجل آخر وما أشبه ذلك فهذه الشروط فاسدة ، لأنها مخالفة لمقتضى العقد ، وما كان كذلك فهو مخالف للشرع ، فكان فاسدا ، وهل يفسد الرهن ؟

الأقوى أنه يصح الرهن ويفسد الشرط ، ولا يبطل البيع الذى اقترن به الرهن[4] .

الثانى : شرط لا يتعلق به غرض ، وذلك كما لو اشترط على المشترى للعبد أكل طعام بعينه ، أو لبس ثوب ونحوه ، فانه يصح البيع ويبطل الشرط[5] .

مذهب الاباضية :

القسم الأول : الشروط الصحيحة :

---

(١) الروضة البهية ج ٢ ص ١١٩ — ١٢٠ .
(٢) المختصر النافع ص ١٦٩ .
(٣) تذكرة الفقهاء ج ٨ ص ٣٦٤ .
(٤) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٧٤ .
(٥) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٢ .

ويندرج تحت هذا القسم الشروط التالية :

الأول : اشتراط صفة فى محل العقد .

ومن أمثلته فى البيع ما جاء فى شرح النيل من أنه اذا اشترى تمرا أو غيره على أنه من نوع كذا فخرج بخلاف ذلك ، فان كان ما خرج دون ما اشترى عليه فى القيمة أو مساويا وكذا ان خرج النوع نفسه لكنه كان رديئا ، وقد شرط ألا يكون رديئا .. فالحكم حكم العيب .. فيخير فى امساكه بالثمن الأول وفى رده لبائعه وأخذ رأس ماله منه ، فان أكل منه ان كان مما يؤكل أو شرب ان كان مما يشرب أو أتلف بعضا منه مأكولا أو مشروبا أو غيرهما رد مثل ما أكل .

وقيل يرد قيمته[1] .. (انظر مصطلح بيع) .

الثانى : اشتراط ما يؤكد موجب العقد .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : يصح أن يشترط فى البيع ما يؤكد موجبه وذلك كما لو باع شيئا واشترط على المشترى أن يرهن له شيئا معلوما فى الثمن المؤجل ، معينا كان هذا المشترط رهنه أو غير معين ، ويكون حينئذ على المشترى أن يتم له شرطه ، فان أبى بطل البيع .

وقيل : يصح ويجبر المشترى على تقديم الرهن .

وقيل : لا يجبر .

وقيل : يوقف البيع الى تمام الشرط[2] .

٢ ــ فى القسمة جاء فى شرح النيل أن لطالب القسمة أن يطلب الى خصمه حميلا وجيها يأتى به أو حميلا يقسم معه أن خاف منه تعطيلا بالسفر أو الهروب أو الامتناع[3] .

الثالث : شرط يحقق منفعة لأحد المتعاقدين .

ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : اذا اشترط فى البيع ما يحقق منفعة لأحد المتعاقدين صح الشرط والبيع .

جاء فى شرح النيل أنه اذا كان الشرط معلوما وفيه نفع للبائع أو للمشترى وحل تملك المشروط ، وكان المشروط فى نفس المبيع صح الشرط والبيع ، سواء كان فى عقدة البيع أو

(١) شرح النيل ج ٤ ص ٧٥١ ــ ٧٥٢ .

(٢) شرح النيل ج ٥ ص ٤٧٤ .

(٣) نفس المرجع ج ٥ ص ٣٧٩ .

قبل أو بعد ، كبيع جمل واشتراط الركوب والحمل عليه لموضع معين وبيع دار واشتراط سكناها مدة معينة وبيع شجرة واشتراط أكلها مدة معلومة لقوله صلى الله عليه وسلم : المؤمنون على شروطهم ، الا شرطا أحل حراما ، أو حرم حلالا أى حلالا أو حراما بالشرع ، والا فكل من شرط شيئا لنفسه مثلا فقد حله لنفسه بعد ما منع منه وحرمه عن المشروط عليه بعد ما أبيح له .

وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : يا معشر المسلمين ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله « الحديث » .

وأما حديث نهى عن بيع وشرط ففى اسناده ضعف ، وهو قابل للتأويل بأن يقال أنه مقيد بما اذا كان الشرط محرما .. وبما اذا كان مجهولا لأداء المجهول الى تعطيل المبيع الى غير حد فيترتب على ذلك منازعة وفتنة[١] .

٢ ـ فى النكاح : اذا اشترطت الزوجة على زوجها فى عقد النكاح ألا ينقلها من بلدها ، أو أن يكون طلاقها بيدها معلقا على شىء معلوم كنكاح أو تسر عليها أو غيبة شهرين أو عام ، أو أقل ، أو أكثر ، أو غيبة فى بلد اسلام أو شرك أو بلدة مخصوصة .. أو نحو ذلك من كل شرط لا يحرم حلالا ولا يحل حراما جاز الشرط .. وهى على شرطها ما لم تبرئه منه[٢] (أنظر مصطلح نكاح) .

٣ ـ فى المضاربة يجوز لكل من صاحب المال والمضارب اشتراط التجارة فى جنس معين كالتمر ، أو الزبيب ، أو البر ، أو نحو ذلك أو فى نوع معين مما يتجر به كتمر بلد كذا أو ثيابه ، وكذا يجوز أن يشترط نفى المضاربة فى بعض هذه الأشياء ، لأنه شرط حلال معروف وقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » .

وقال الشيخ : يجوز لرب المال أو المضارب أن يشترط التجارة فى جنسين فصاعدا ، ولا يجوز اشتراط التجارة فى جنس ، وان شرط ذلك صح القراض ولم يلزمه الشرط .

والرأى الأول هو الأرجح ، لأنه ليس فى هذا الشرط غرر محذور بل فيه مظنة عدم الربح أو قلته وقد دخلا على ذلك وارتضياه[٣] (أنظر مصطلح مضاربة) .

٤ ـ فى الرهن يجوز اشتراط منافع الشىء المرهون كلها لتقوى الرهن ،

---

(١) نفس المرجع ج ٤ ص ٨٢ .

(٢) نفس المرجع ج ٣ ص ١٧٩ ـ ١٨٠ .

(٣) نفس المرجع ج ٥ ص ٢١٧ ـ ١٢٨ .

كأن يشترط المرتهن أن تكون المنافع داخلة فى الرهن يبيعها كما يبيع الرهن وهى كالثمار والألبان والأصواف اذا باع الرهن باعها وان خاف فسادها باعها ولو قبل حلول الأجل وقبض ثمنها حتى يحل الأجل فيقضيه[١] .

٥ ــ فى الشركة : واذا كان لأحد الشريكين مائة وللآخر خمسون واشترطا الربح سواء جاز ذلك على الصحيح لحديث المؤمنون على شروطهم .. ولأن ذلك حق مخلوق تساهل فيه برضاه وطيب نفسه وتبرع وكان ذلك كالهبة فيأخذ كل منهما رأسماله ويقسمان الربح ومع ذلك فقد يكون صاحب الكثير جعل لصاحب القليل نصف الربح لفضل عمله .

وقيل : الربح يقسم على المال ولو اتفقا على التساوى فيه[٢] .. (انظر مصطلح شركة) .

٦ ــ فى الاجارة : اذا اشترط على الأجير أن يعمل بنفسه فعمل مع غيره فلا يستحق الأجرة المتفق عليها ويكون له أجرة مثله لا الأجرة التى عقداها لانفساخها بمخالفته[٣] (أنظر مصطلح اجارة) .

٧ ــ فى الوكالة : اذا وكل شخصا أن يبيع له كذا أو يشترى له كذا أو غير ذلك من العقود واشترط حضور شخص معين جاز التوكيل ، ولو كان هذا الشخص الذى اشترط حضوره طفلا أو مجنونا ، فاذا باع أو اشترى بدون حضوره فالموكل بالخيار أن شاء أمضى البيع ، أو الشراء وان شاء أبطله[٤] (انظر مصطلح وكالة)

٨ ــ فى الحمالة : يجوز للمحمول له أن أعطى للمحمول عنه حميلين أو أكثر أن يشترط عليهما أو عليهم أن يلتزم الحى ــ أو الشاهد (الحاضر) أو الموسر أو السالم من مانع منهما أو منهم دون من لم يتحقق فيه هذا الشرط .. ونحو ذلك من كل شرط حلال ، للحديث (المؤمنون على شروطهم) .

وان حضر الحميلان وأيسرا وسلما مما اشترط عدمه أو حضروا وأيسروا وسلموا .. غرم كل منابه وهى على الرءوس اذا أطلقت ..

وأن قيدوا فعلى تقييدهم[٥] (أنظر مصطلح حمالة) .

القسم الثانى : الشروط الباطلة التى تبطل العقد ويندرج تحت هذا القسم الشروط التالية :

الأول : شرط يؤدى الى الجهالة .

---

(١) نفس المرجع ج ٥ ص ٤٨٧ .
(٢) شرح النيل ج ٥ ص ٢٦٢ .
(٣) شرح النيل ج ٥ ص ٤٧ .

(٤) نفس المرجع ج ٤ ص٦٩٨ ــ ٦٩٩ .
(٥) شرح النيل ج ٤ ص ٦٦٦ ــ ٦٦٧ .

ومن أمثلته : ١ — فى البيع ، اذا اشترط فى عقد البيع ما يؤدى الى جهالة بطل الشرط والعقد ، سواء كانت الجهالة فى الشرط أو فى الثمن أو فى المثمن .

جاء فى شرح النيل أنه ان جهل الشرط بطل الشرط والبيع على المختار ، كبيع نخل واشتراط أكلها ، أو بيع دار واشتراط سكناها بلا تحديد ، أو اشتراط سكناها الى الموت أو الى أن أجد سكنا ، أو الى أن يأتى ولدى أو نحو ذلك مما يجهل أو مما لا ينضبط .

وقيل : صح البيع وبطل الشرط ، وقد باع تميم الدارى دارا وشرط سكناها ، فأبطل النبى صلى الله عليه وسلم البيع والشرط معا ، لجهل الشرط ، لأنه لم يشترط مدة معلومة ، وليس ابطاله لمجرد الشرط بل لكونه مجهولا .

وقيل : أن تميما شرط سكنى سنة ، وبهذه الرواية يستدل من قال بابطال الشرط والبيع مطلقا ، الا أنه يعارضها حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنه من شرطه ظهر الجمل الى المدينة ... وكذا ان كانت الجهالة فى غير نفس المبيع كبيع سلعة بقفيز بر بشرط طحنه أو حمله الى مكان معين أو بيعه عنه لغيره بعد استيفائه له بكيل أو اشتراط عمل آخر على المشترى منع البيع والشرط للجهالة فى الثمن .

وكذا لو اشترط المشترى على البائع ذلك كان يشترط على بائع السلعة له أن يحملها الى مكان معين أو يبيعها أو نحو ذلك يبطل البيع والشرط ، لأن الشرط أدى الى جهالة فى المثمن وهو السلعة ونحو حملها لمكان معين[١] .

الثانى : شرط ينافى مقتضى العقد .

ومن أمثلته : ١ — فى المضاربة : ما اذا اشترط صاحب رأس المال اخراج أكثر من رأس ماله ،ثم يقسم ما زاد على ذلك من الربح بينهما ، فان القراض يبطل ويكون الربح كله لصاحب رأس المال والعناء (أجرة المثل) للمضارب ، وذلك مثل أن يقول آخذ رأس مالى وعشرة دنانير ونقسم ما بقى من الربح أنصافا أو اثلاثا أو نحو ذلك ، لأنه ربما أحاط ما شرط أخذه بالربح كله .

وكذلك لا يصح له اشتراط أخذ شىء من المضارب من مال القراض الذى بين يديه ، سواء أبعده من رأس المال أم لا ، كدينار فى كل يوم أو فى كل شهر ولا أخذ شىء منه على كل ما مضى من الأيام أو الأسابيع أو الشهور اذ لا يدرى ، أيربح دينارا ، أو أقل ، أو أكثر ، أو لا يربح شيئا .

فان شرط ذلك بطل القراض ، ولصاحب

---

(١) شرح النيل ج ٤ ص ٨٣ .

المال الربح ، وللمقارض عناؤه (أجر المثل) •

وان شرط عليه أن يأخذ ذلك من ماله لا من مال المقارضة ، فالحكم كذلك وزاد بالدخول فى الربا[١] •

وكذا تفسد المضاربة أن شرط رب المال ضمان المال ، أو بعضه معينا ، أو شائعا على المضارب ، وتحولت المضاربة قرضا ، فهو دين عليه ، والربح كله للمضارب ، ولو لم يشترط صاحب المال الا ضمان البعض •

وانما كان الربح كله له لضمانه ما ضمن ، والخراج بالضمان •

وانما فسدت المضاربة ، لأن الضمان منفعة يصير بها ما انعقد عليه القراض مجهولا •

وهذا القول قول من قال بجواز أن يتحول القراض قرضا •

ومن لم يجوز ذلك فانه يقول : تفسد المضاربة ولصاحب المال الربح وللعامل عناؤه (أجر مثله) •

وقيل : الربح بينهما كما اتفقا عليه والمضاربة صحيحة ، ولزمه الضمان ، كما شرط عليه رب المال •

(١) شرح النيل ج ٥ ص ٢١٩ .

وقيل : الشرط فاسد والمضاربة صحيحة[٢] (أنظر مصطلح قراض •

٢ ــ فى القسمة : لا يجوز فى القسمة اشتراط تحريم حلال ، كأن يشترط أحدهم على الاخر ألا ينتفع بسهمه ، ولو بوجه أبيح له ، كبناء أو غرس ، أو حرث ، أو اتفقا أن يأخذ احدهما الثلثين على ألا يكون له من طريقها شىء ولايمكن لها طريق آخر غير الذى اشترط لمن يأخذ الثلث •

فان أمكن لها طريق آخر جازت القسمة[٣] (أنظر مصطلح قسمة) •

الثالث : اشتراط أمر غير مشروع •

ومن أمثلته : ١ ــ فى النكاح نكاح الشغار : وهو أن يزوج الرجل وليته لرجل على أن يزوج هو له وليته أيضا ويجعلا صداق هذه بصداق تلك وهو نكاح حرام سواء عينا صداقيهما أم لا •• وان فعلا وجب لكل صداق مثلها أن مست ولا شىء لها ان لم تمس من صداق أو متعة وقيل حرمتا ولا توارث فيه اتفاقا وثبت النسب[٤] •
(انظر مصطلح نكاح) •

القسم الثالث : شروط تبطل ويصح التصرف •

ويندرج تحت هذا القسم الشروط التالية :

(٢) نفس المرجع ج ٥ ص ٢١٦
(٣) نفس المرجع ج ٥ ص ٣٧١ ــ ٣٧٢ .
(٤) شرح النيل ج ٣ ص ٢٠٣ .

الأول شرط ينافى مقتضى العقد ومن أمثلته : ١ ــ فى البيع : ما اذا اشترط فى بيع الجارية ألا يطأها المشترى بطل الشرط وصح البيع •

وقيل : يبطلان الا أن وطئها المشترى فيبطل الشرط وحده •

وكذا ان شرط ألا يتسراها أو لا يبيعها ، أولا يهبها ، أو شرط أن يفعل ذلك ، أو باع شيئا وشرط ألا يبيعه المشترى ، أو لا يعطى منه بطل الشرط وحده •

وقيل : بطل البيع والشرط[1] • (أنظر مصطلح بيع) •

٢ ــ فى الصرف : اذا اشترط فى الصرف خيار بطل الخيار وتم الصرف فى حين عقده بناء على صحة البيع الشرطى وبطلان الشرط •

وقيل : بطل الصرف والشرط[2] • (أنظر مصطلح صرف) •

٣ ــ فى النكاح : اذا اشترط الزوج على الزوجة عند العقد أن تنفق عليه وتكسوه وتسكنه ، أو اشترط عليها ألا ينفق عليها أو يكسوها ، أو يسكنها ، أو لا يعدل لها فى القسم •

أو اشترطت الزوجة على الزوج ألا يملك طلاقها حتى تجيزه ، أو لا يجامعها مطلقا ، أو ألا فى ليل أو نهار •

أو اشترط أن تلد ، أو ألا تلد ، أو ألا ترثه ، أو ألا صداق لها •

أو اشترطت أن كل امرأة تزوجها عليها فطلاقها بيدها •• أو نحو ذلك ، فان الشرط باطل عند الله ، وفى الحكم ، فيلزمه أن يعطيها ما لم يعطها من حقوقها ويرد اليها ما صرفت عليه لذلك الشرط ، ولزم النكاح ، وعليه نفقتها وكسوتها وسكناها •

وطلاقها بيده ، وذلك لأن النفقة والقيام عليها فرضهما الله سبحانه وتعالى لها عليه لا عليها له ، وكذا الطلاق بيد الرجل ، ففى نقل ذلك بالكلية مناقضة لكلامه تعالى ، ومصادرة عن المصلحة التى رآها لنا ، ومجىء بأمر ليس عليه الشرع ، فهو رد ، فكان ذلك شرطا أحل حراما (أنظر مصطلح نكاح)[3] •

٤ ــ فى الرهن ولا يصح اشتراط بيع الرهن قبل الأجل والرهن صحيح، كبيع وشرط •

وقيل : يجوز على أنه لا يقضى بالثمن فى حقه حتى يحل الأجل •

ووجه الأول : أنه لا يدرك دينه قبل الأجل ، والدين أصل للرهن ، فلم يجز له ادراك بيعه قبل الأجل •

---

(١) شرح النيل ج ٤ ص ٨٦ .
(٢) نفس المرجع ج ٤ ص ٣٤٢ ــ ٣٤٣ .
(٣) شرح النيل ج ٣ ص ١٧٨ ــ ١٧٩ .

ووجه الثـانى : أن بيعه ليس بمنزلة قبض الدين قبل الأجل ، لأنه لو رضى الغريم فأعطى الدين قبل الأجل لجاز قبضه[1] .

٥ ــ فى العتق : جاء فى شرح االنيل أنه ان اعتقت المرأة عبدا على شرط أن يتزوجها ، ثم امتنع من تزوجها ، فلا يجبر على التزوج ، ولا يرد فى الرق ، وكذا الأمة ان أعتقها رجل على أن يتزوجها ، فأبت ، لأن العتق صحيح ، والشرط باطل .

ووجه بطلانه أن المملوك عقد الشرط على نفسه وهو مملوك ولا عقد لمملوك على نفسه وصح العتق وحده لأنه يقع ولو هزلا[2] .

٦ ــ الفداء[3] : واذا قالت الزوجة لزوجها : أبرأتك من صداقى على أن تطلقنى ثلاثا .

فان قدم القبول وأخر الطلاق فقال : قبلت المال وطلقتك ثلاثا ، أو واحدة أو ثنتين فهو فداء وسقط عنه الصداق ولا طلاق غير طلاق الفداء ، فان راجعها أو تزوجها جاز له ، لأن الطلاق لا يلحق الفداء .

وان قدم الطلاق وأخر القبول بأن قال : طلقتك ثلاثا وقبلته طلقت ثلاثا وبقى المال لها ، لأن التطليقات الثلاث تبين المرأة بها فلا يلحقها الفداء بعدهن[4] .

وان فاداها على ألا تتزوج فلانا أو من بلد كذا أو قبيلة كذا تم الفداء وبطل الشرط[5] .

الثانى : اشتراط أمر لا يحل شرعا وذلك كما لو باع أمة واشترط ولاءها لنفسه ان عتقت بعد ، فالبيع صحيح والولاء لمشتريها اذا أعتقها لا لبائعها المشترط له لأن الولاء لحمة كلحمة النسب ، كما فى الحديث واللحمة القرابة فلا ينتقل حكمه ببيع أو هبة أو غيرهما ، كما لا ينتقل حكم النسب ، فكما لا يصح أن تبيع قرابتك من زيد لبكر مثلا ، أو تهبه اياها ، أو تنقلها اليه بوجه ليرثه مكانك كذلك الولاء انما هو لمن أعتق أو عصبته وقد اشترت عائشة بريرة لتعتقها واشترط البائع ولاءها فقال صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق وأجاز البيع وأبطل الشرط »[6] .

(١) شرح النيل ج ٥ ص ٤٨٦ .
(٢) شرح النيل ج ٣ ص ٢٢٢ .
(٣) الفداء لغة التخلص من مكروه بنحو مال وشرعا فرقة بين الزوجين بردها الى الزوج صداقها وقبوله اياه والخلع فرقة بينهما بردها بعضه وقبوله وقيل هما سواء .
والفداء طلاق عند الأكثر شرح النيل ج ٣ ص ٤٨٠ .
(٤) نفس المرجع ج ٣ ص ٤٨٥ .
(٥) نفس المرجع ج ٣ ص ٥١٤ .
(٦) شرح النيل ج ٤ ص ٨٢ ــ ٨٣ .

اِشْتِرَاكٌ

المعنى اللغوى والاصطلاحى :

جاء فى لسان العرب : اشتركنا بمعنى تشاركنا ، وقد اشترك الرجلان وتشاركا ، وشارك أحدهما الآخر ، والشريك المشارك[١] .

وفى كشاف اصطلاحات الفنون : الاشتراك فى عرف العلماء كأهل العربية والأصول والميزان يطلق بالاشتراك على معنيين .

أحدهما : كون اللفظ المفرد موضوعا لمفهوم عام مشترك بين الأفراد ، ويسمى اشتراكا معنويا ، وذلك اللفظ يسمى مشتركا معنويا كالانسان .

وثانيهما : كون اللفظ المفرد موضوعا لمعنيين أو أكثر معا بأوضاع متعددة ، ويسمى اشتراكا لفظيا ، وذلك اللفظ يسمى مشتركا لفظيا[٢] كالعين والقرء .

وما قرره علماء الشريعة لا يخرج فى الجملة عن هذا الذى قرره علماء اللغة .

فقد تكلم الفقهاء عن الاشتراك فى الجريمة ، وعن الاشتراك فى المعاملات المالية .

كما ذكروا تطبيقات يستفاد منها أن الاشتراك قد يكون فى الحقوق أيضا .

ثم ان علماء الأصول تكلموا عن الاشتراك اللفظى فى دلالة الألفاظ ، وفرقوا بينه وبين الاشتراك المعنوى .

الاشتراك فى الجريمة

الاشتراك فى الجريمة (الاعتداء) يتصور وقوعه فى حالات كثيرة ، وأظهر ما نص عليه الفقهاء من هذه الأفعال : الاشتراك فى جريمة القتل ، والاشتراك فى جريمة السرقة ، كما أن جريمة الحرابة تقع فى أغلب حالاتها بالاشتراك بين الجناة ولذلك فان البحث هنا سيكون عن الاشتراك فى الاعتداء على النفس ، ثم عن الاشتراك فى جريمة السرقة .

وأما الاشتراك فى جريمة الحرابة فسنشير الى بعض صور منه ، ثم نحيل البحث الى مصطلح حرابة .

---

(١) لسان العرب باب الكاف فصل الشين .
(٢) كشاف اصطلاحات الفنون باب الشين فصل الكاف .

١ ــ الاشتراك فى الاعتداء على النفس

الاعتداء على النفس قد يكون باتلافها وهو ما يسمى بجريمة القتل •

وقد يكون باتلاف جزء منها وهو ما يسمى بجريمة الاعتداء على الأطراف : من قطع أو جرح ونحوه ••

(أ) الاشتراك فى جريمة القتل

الاشتراك فى جريمة القتل اما أن يكون اشتراكا مباشرا بين كل من القاتلين •

واما أن يكون اشتراكا غير مباشر أى بطريق التسبب •

(ب) الاشتراك فى القتل بطريق مباشر

هذا النوع من الاشتراك قد يكون متعلقا بالقتل العمد ، وقد يكون متعلقا بالقتل الخطأ •

الاشتراك فى القتل العمد :

مذهب الحنفية :

جاء فى المبسوط : وان اجتمع رهط على قتل رجل بالسلاح فعليهم فيه القصاص ، بلغنا عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بذلك وهو استحسان •

والقياس أن لا يلزمهم القصاص ، لأن المعتبر فى القصاص المساواة لما فى الزيادة من الظلم على المتعدى ، ولما فى النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ، ولا مساواة بين العشرة والواحد وهذا شىء يعلم ببداهة العقول[١] •• وأيد هذا القياس قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) وذلك ينفى مقابلة النفوس بنفس واحدة •

ولكنا تركنا هذا القياس ، لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ، ولأن القصاص شرع لحكمة الحياة وذلك بطريق الزجر •

ومعلوم أن القتل بغير حق فى العادة لا يكون الا بالتغالب والاجتماع لأن الواحد يقاوم الواحد فلو لم نوجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد لأدى ذلك الى سد باب القصاص وابطال الحكمة التى وقعت الاشارة اليها بالنص •• اذ أنه لا مقصود من القتل سوى التشفى والانتقام وذلك حاصل لكل قاتل بكماله كأنه ليس معه غيره[٢] •• فعرفنا أنه انما يقتل العشرة بالواحد بطريق المماثلة •

---

(١) المبسوط ج ٢٦ ص ١٢٦ الطبعة الأولى سعادة .

(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٢٧ .

وبيان ذلك أن القتل مما لا يتجزأ ، واذا اشترك الجماعة فيما لا يحتمل التجزى فأما أن ينعدم أصلا أو يتكامل فى حق كل واحد منهم •

والدليل عليه أن كل واحد منهم لو حلف أن لا يقتله كان حانثا فى يمينه بهذا الفعل[1] •••

واذا اشترك جماعة من الرجال فى قتل حرة أو أمة فعليهم القصاص كما لو اشتركوا فى قتل رجل حر[2] وكذلك لو اجتمع نفر من المسلمين على قتل ذمى قتلوا به ، لأن الذميين فى حكم القصاص كالمسلمين[3] •

واذا اشترك الرجلان فى قتل رجل أحدهما بعصا ، والآخر بحديدة فلا قصاص على واحد منهما هكذا نقل عن ابراهيم ، لأن القتل بالعصا لا يصلح أن يكون موجبا للقصاص ، لأن القصد به التأديب والآلة آلة التأديب فهو بمنزلة فعل الخاطىء •

والخاطىء والعامد اذا اشتركا فى القتل لم يجب القصاص عليهما ، لأنه اختلط الموجب بغير الموجب فى المحل فقد انزهقت الروح عقب فعلين أحدهما ليس بسبب لوجوب العقوبة ، ولا يدرى أنه بأى الفعلين أزهق الروح فتتمكن الشبهة من هذا الوجه ، فالقصاص عقوبة تتدرىء بالشبهات ، وبعد سقوط القصاص يجب المال فيتوزع عليهما ، وليس أحدهما باضافة القتل اليه بأولى من الآخر •

ولا يقال : ينبغى أن يضاف القتل الى فعل من استعمل السلاح فيه ، لأن السلاح آلة للقتل دون العصا ، لأن الانسان قد يسلم من الجرح بالحديد ويتلف من الضرب بالعصا ، فهو بمنزلة ما لو جرحه رجلان أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات ، فانه يجعل القتل مضافا اليهما على السواء لهذا المعنى ، ثم كل واحد منهما فيما لزمه من نصف الدية يجعل كالمنفرد به ، فنصف الدية على صاحب الحديدة فى ماله ونصفها على صاحب العصا على عاقلته ، وكذلك لو قتلاه بسلاح وأحدهما صبى أو معتوه فلا قصاص عليهما عندنا[4] •••

وأما الأب مع الأجنبى أو المولى مع الأجنبى اذا اشتركا فى قتل الولد أو المملوك فلا قصاص على واحد منهما عندنا[5] •• ذلك أن قتل الأب أو المولى موجب للدية ، فلا يكون موجبا للقصاص كالخاطىء مع العامد اذا اشتركا •

وجاء فى الدر وحاشية ابن عابدين عليه : ان مات شخص بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد ثلث الدية فى

---

(١) المبسوط ج ٢٦ ص ١٢٨ ، ١٢٩ .
(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٣١ .
(٣) المبسوط ج ٢٦ ص ١٣٥ .

(٤) المبسوط ج ٢٦ ص ٩٣ .
(٥) المبسوط ج ٢٦ ص ٩٣ ، ٩٦ .

ماله ان كان فعله عمدا ، لأن العاقلة لا تتحمل العمد .

وانما لم يقتص منه لأنه من المقرر — أنه لا قصاص على شريك من لا قصاص بقتله .. لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لأنه هدر فى الدارين ، وفعل زيد معتبر فى الدارين وفعل نفسه هدر فى الدنيا لا العقبى ، حتى يأثم بالاجماع ، فصارت ثلاثة أجناس ، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال ، فالتالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية .

ومفاد التعليل أن يعتبر فى المقتول التكليف ليصير فعله جنسا آخر غير جنس فعل الأسد والحية اذ لو كان غير مكلف لهدر فى الدارين كفعل الأسد فيكون على زيد نصف الدية .

ومفاده أيضا ألا يزيد على الثلث لو تعدد قاتله بأن كان مع زيد غيره فيشترك هو وغيره فى الثلث .

ولو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة ثم انضم اليه ما هو هدر فعلى كل واحد منهما ثلث الدية وثلثها هدر .

وفى تكملة الطورى : لو قطع رجل يده وجرحه آخر وجرح هو نفسه وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح ربعها ، لأن النفس تلفت بجنايات أربع واثنتان منها معتبرتان [1] .

(١) الدر وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص٤٨١ .

مذهب المالكية :

أنه يقتل الجمع غير المتمالئين بواحد اذا ضربوه عمدا عدوانا ومات مكانه أو رفع مغمورا (غمرة الموت) واستمر حتى مات أو منفوذ المقاتل [2] — والحال أنهم غير متفقين على قتله بل كل واحد منهم قصد قتله فى نفسه من غير اتفاق منهم على [3] قتله — سواء تميزت الضربات أو لم تتميز وسواء كان الموت ينشأ عن كل واحدة أو عن بعضها ، وسواء استوت الضربات فى القوة أو اختلفت ولم يعلم عين من كانت ضربته هى التى نشأ عنها الموت . فأن تأخر موته غير منفوذ مقتل ولا مغمور قتل واحد فقط بقسامة ، اذ لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد .

وان تميزت جنايات كل واحد منهم واختلفت قدم الأقوى ان علم [4] .

بمعنى أنه اذا تميزت الضربات وعلم موته من أحداها فأنه يقتص ممن علم أنه مات من ضربته ، واقتص من الباقى مثل فعله .

ثم ان ما ذكر من قتل الجميع فى هذه الحالة بقيودها هو ما فى النوادر . وفى اللخمى خلافه وهو أنه اذا أنفذ

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٤٥
(٣) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٥ .
(٤) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٤٥ .

أحدهم مقتله ولم يدر من أى الضربات مات فانه يسقط القصاص اذا لم يتعاقدوا على قتله والدية فى أموالهم [١] .

ويقتل المتمالئون على القتل أو الضرب بأن قصد الجميع الضرب وحضروا ، وان لم يتول الضرب الا واحد منهم اذا كان غير الضارب لو لم يضرب غيره لضرب . وان حصل الضرب بسوط أو بيد أو قضيب حتى مات .

ومحل قتل الجماعة المتمالئة اذا ثبت قتلهم له ببينة أو اقرار [٢] .

واذا اشترك مكلف وصبى فى قتل شخص فان القصاص على المكلف وحده دون الصبى لعدم تكليفه ، وهذا اذا تمالآ على قتله عمدا ، وعلى عاقلة الصبى نصف الدية لأن عمده كخطئه [٣] .

وأما اذا كان كل من المكلف والصبى قد تعمد قتل ذلك الشخص ولكن قتلاه من غير تمالؤ واتفاق منهما على قتله ، فلا قتل على المكلف المشارك للصبى فى القتل ، لاحتمال كون رمى الصبى هو القاتل ، وانما على المكلف نصف الدية فى ماله ونصفها الآخر على عاقلة الصبى ، الا أن يدعى أولياء المقتول أنه مات من فعل المكلف ، فانهم يقسمون عليه ويقتلونه فيسقط نصف الدية عن عاقلة الصبى ، لأن القسامة انما يقتل بها ويستحق بها واحد [٤] .

ولا قصاص على متعمد شريك مخطىء ، ولا على متعمد شريك مجنون ، فلا يقتص منه للشك ، أى لاحتمال أن يكون الموت من رمى المخطىء والمجنون .

والظاهر أنه لا يقتص منه ولو أقسم الأولياء على أن القتل من المتعمد ، وهو كذلك كما نص عليه على الأجهورى ، لأنه لا صارف لفعلهما فيمكن حصول الموت من فعلهما معا لشدة فعل المخطىء والمجنون بخلاف الصبى [٥] .

واذا أنشب السبع أظفاره فى الشخص بالفعل ، ثم جاء انسان فأجهز عليه فهل يقتص من شريك السبع نظرا لأنه تعمد القتل ، أو لا يقتص منه ، وانما عليه نصف الدية فى ماله ويضرب مائة ويحبس عاما قولان عند المالكية .

وكذلك يجرى هذا الخلاف فى شريك جارح نفسه ، وهو من جرح نفسه جرحا يكون عنده الموت غالبا ثم ضربه مكلف قاصدا قتله .

(١) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٥ .
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٢٤٥ .
(٣) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٤٦ .
(٤) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٦ .
(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٧ .

فالقول بالقصاص منه مبنى على قصده القتل

والقول الآخر يوجب عليه نصف الدية فى ماله مع ضربه مائة وحبسه عاما ، اذ لا يدرى من أى الأمرين مات .

وكذلك قالوا فى شريك الحربى ، الا أنهم نصوا على أن المكلف اذا تمالأ مع الحربى على القتل فانه يقتص من الشريك قطعا .

وهذا الخلاف المتقدم ذكره يجرى كذلك فى مسألة شريك المرض .

وصورتها أن يحدث شخص جرحا بآخر ثم يحصل للمجروح مرض ينشأ عنه الموت غالبا ثم يموت ، ولم يدر أمات من الجرح أم من المرض .

ثم يقول الدردير : والقول بالقصاص فى الأربع بقسامة ، والقول بنصف الدية بلا قسامة والراجح فى شريك المرض القصاص فى العمد والدية فى الخطأ بالقسامة[1] .

مذهب الشافعية :

اذا وجد من شخصين معا .. فعلان مزهقان للروح ، مذففان — أى مسرعان لقتل كحز للرقبة وقد للجثة ، أو غير مذففين كقطع عضوين أو جرحين ، أو جرح من واحد ومائة مثلا من الآخر فمات منهما فقاتلان يجب عليهما القصاص ، اذ رب جرح له نكاية فى الباطن أكثر من جروح ، فان ذفف احدهما فقط فهو القاتل فلا يقتل الآخر حتى ان شككنا فى خطورة جرحه ، لأن الأصل عدمه والقود لا يجب بالشك مع سقوطه بالشبهة .

والأوجه وجوب أرش الجرح على الشريك الذى جرحه غير قاتل ..

وان أوصل الجانى المجنى عليه الى حركة مذبوح — بأن لم يبق فيه أبصار ولا نطق ولا حركة اختيار .. ثم جنى آخر فالأول هو القاتل ، لأنه صيره الى حالة الموت ، ومن ثم أعطى حكم الأموات مطلقا ، ويعزر الثانى لهتكه حرمة ميت ..

وان جنى الثانى قبل الانهاء به الى هذه الحالة ، فان ذفف كحز بعد جرح فالثانى قاتل لقطعه أثر الأول .. وعلى الأول قصاص العضو أو مال بحسب الحال من عمد وضده ، ولا نظر لسريان الجرح لاستقرار الحياة عنده .

وان لم يذفف الثانى أيضا ومات بهما كأن قطع واحد من الكوع وآخر من المرفق أو أجافاه (أصاباه بجائفة) فقاتلان لوجود السراية منهما[2] .

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٩ — ٢٥١ طبعه سنة ١٣٥٧ ، ١٩٣٨ حلبى .

ويقتل الجمع بواحد وان تفاضلت الجراحات فى العدد والفحش والأرش حيث كان لها دخل فى الزهوق سواء أقتلوه بمحدد أم بمثقل ، لأن القصاص عقوبة تجب للواحد فيجب له على الجماعة كحد القذف ، ولأنه شرع لحقن الدماء فلو لم يجب بالاشتراك لاتخذ ذريعة الى سفكها وروى مالك أن عمر قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل قتلوه غيلة وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعا ولم ينكر عليه ذلك مع شهرته فصار اجماعا .

اما من ليس لجرحه أو ضربه دخل فى الزهوق بقول أهل الخبرة فلا يعتبر .

وللولى العفو عن بعضهم على حصته من الدية باعتبار عدد الرءوس دون الجراحات فى صورتها لعدم انضباط نكاياتها .

ولو ضربه أحدهما ضربا يقتل ثم ضربه الآخر سوطين أو ثلاثة حالة ألمه من ضرب الأول عالما بضربه اقتص منهما ، أما ان كان جاهلا به فلا . وعلى الأول حصة ضربه من دية العمد ، وعلى الثانى كذلك من دية شبهه باعتبار الضربات .

وان ضرباه بالعكس كأن ضربه أحدهما ثلاثة مثلا ثم ضربه الآخر ضربا يقتل كخمسين سوطا حال الألم ولا تواطؤ ، فلا قود على واحد منهما ، بل يجب على الأول حصة ضربه من دية شبه العمد ، وعلى الثانى حصة ضربه من دية العمد باعتبار الضربات .. وانما قتل من ضرب مريضا جهل مرضه لانتفاء سبب آخر ثم يحال القتل عليه [١] .

ولا يقتل متعمد والحال أنه شريك مخطىء ولو حكما ، ولا يقتل شريك شبه العمد لحصول الزهوق بفعلين أحدهما يوجبه ، والآخر ينفيه ، فغلب الثانى للشبهة فى فعل المتعمد ، وعلى الأول نصف دية العمد ، وعلى عاقلة الثانى نصف دية الخطأ أو شبه العمد ، ويقتل شريك الأب فى قتل فرعه ، كما يقتل عبد شارك حرا فى عبد .. وذمى شارك مسلما فى ذمى وكذلك يقتل شريك حربى فى قتل مسلم أو ذمى .

ويقتل شريك صبى مميز ومجنون له نوع تمييز وشريك السبع والحية القاتلين غالبا مع وجود المكافأة بين القاتل والمقتول فى الحرية والاسلام .

وبالجملة فمتى سقط القود عن أحدهما لشبهة فى فعله سقط عن شريكه ، أو لصفة قائمة بذاته وجب على شريكه [٢] .

ولو ضربوه بسياط وضرب كل واحد منهم غير قاتل لو انفرد ففيه أوجه .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ .
(٢) المرجع السابق ص ٢٦٢ مع حاشية الشبراملسى والمغربى بنفس الموضع .

أصحها : يجب القصاص ان تواطئوا على ضربه وكان ضرب كل واحد منهم له دخل فى الزهوق ٠

وانما لم يعتبر ذلك فى الجراحات والضربات المهلك كل منها لو انفرد ، لأنها قاتلة فى نفسها ويقصد بها الاهلاك مطلقا ، والضرب الخفيف لا يظهر فيه قصد الاهلاك الا بالموالاة من واحد والتواطؤ من جمع ٠ ولو آل الأمر الى الدية وزعت على عدد الضربات وبحسب الرءوس فى الجراحات ٠

والوجه الثانى لا قصاص ٠

والوجه الثالث يجب القصاص على الجميع مطلقا سواء أتواطئوا أم لا ، لأن فعل كل واحد منهم قاتل ، ولئلا يتخذ ذلك ذريعة الى القتل ٠

أما اذا كان ضرب كل واحد منهم قاتلا لو انفرد فانه يجب عليهم القود جزما[1] ٠

واذا ألقاه من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقده نصفين مثلا فالقصاص على القاد فقط اذا كان (أهلا) وعلى الملقى الاثم والتعزير[2] ٠

(١) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى ج٧ ص ٢٦٣ ٠

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ ٠

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى : أن الجماعة اذا قتلوا واحدا فعلى كل واحد منهم القصاص اذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص لاجماع الصحابة رضى الله عنهم :فعمر قتل سبعة من أهل صنعاء — وعلى رضى الله عنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا وابن عباس قتل جماعة بواحد ٠ ولم يعرف لهم فى عصرهم مخالف ، فكان اجماعا ، ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف ٠ ويفارق الدية فانها تتبعض والقصاص لا يتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك لأدى الى التسارع الى القتل به فيؤدى الى اسقاط حكمة الردع والزجر ٠

وحكى عن أحمد رواية أخرى : أنهم لا يقتلون به وتجب عليهم الدية ٠

وقد رجح ابن قدامة الرواية الأولى ، وهى قتل الجماعة بالواحد[3] ٠

ولا يعتبر فى وجوب القصاص على المشتركين التساوى فى سببه ، فلو جرحه رجل جرحا والآخر مائة ، أو جرحه أحدهما موضحة والآخر آمة أو احدهما جائفة والآخر غير[4] جائفة فمات كانا سواء فى القصاص والدية ، لأن اعتبار التساوى يفضى الى سقوط القصاص عن المشتركين

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٦٦ ، ٣٦٧ ٠

(٤) الموضحة هى التى تظهر وضح العظم أى بياضه ، والآمة هى التى بلغت ام الدماغ وهى الجلدة التى تجمع الدماغ ، والجائفة هى التى تصل الى الجوف ٠

اذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجـه ، ولو احتمل التساوى لم يثبت الحكم ، لأن الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه فى انتفاء الحكم • ولأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة ، كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ، فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ، ألا ترى أنه لو قطعت أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات(١) •

واذا اشترك ثلاثة فى قتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه الثالث فمات فللولى قتل جميعهم والعفو عنهم الى الدية فيأخذ من كل ثلثها ، وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ، ويقتل الآخرين ، وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثى الدية ويقتل الثالث •

فان برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذى برىء جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين ، أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل احدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية ، وله أن يعفو عن الذى برىء جرحه ويأخذ منه دية جرحه(٢) •

واذا قتل الأب وغيره عمدا قتل من سوى الأب ، لأنه شارك فى القتل العمد العدوان فيمن يقتل به غالبا لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبى •• فضلا عن أن فعل الأب يقتضى الايجاب ، لكونه تمحض عمدا عدوانا والجناية به أعظم اثما وأكثر جرما قال تعالى : (ولا تقتلوا أولادكم ـ ثم قال : ان قتلهم كان خطأ كبيرا) وجعل النبى صلى الله عليه وسلم قتل الولد من أعظم الذنوب بعد الشرك •• فهو أولى بايجاب العقوبة والزجر عنه ، وانما امتنع وجوب القصاص فى حق الأب لمعنى مختص بالمحل ، لا لقصور فى السبب الموجب فلا يمتنع عمله فى المحل الذى لا مانع فيه(٣) •

وكل شريكين امتنع القصاص فى حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور فى السبب ، فالحكم فى وجوب القصاص على الآخر منهما كالحكم فى الأب وشريكه ، مثل أن يشترك مسلم وذمى فى قتل عبد عمدا عدوانا ، فان القصاص لا يجب على المسلم والحر ، ويجب على الذمى والعبد اذا قلنا بوجوبه على شريك الأب ، لأن امتناع القصاص عن المسلم لاسلامه ، وعن الحر لحريته ، وانتفاء مكافأة المقتول له ، وهذا المعنى لا يتعدى الى فعله ، ولا الى شريكه ، فلم يسقط القصاص عنه •

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال : سألت أبى رحمه الله عن حر وعبد قتلا

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٦٧ ، ٣٦٨ •
(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٦٨ ، ٣٦٩ •
(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤ •

عبدا عمدا قال : أما الحر فلا يقتل بالعبد ، وعلى الحر نصف قيمة العبد فى ماله ، والعبد ان شاء سيده أسلمه والا فداه بنصف قيمة العبد ، وظاهر هذا أنه لا قصاص على العبد فيخرج مثل ذلك فى كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص [1] .

أما اذا شارك فى القتل من لا قصاص عليه لمعنى فى فعله كالصبى والمجنون .

فالصحيح فى المذهب أنه لا قصاص عليه لأنه شارك من لا مأثم عليه فى فعله ، ولأن الصبى والمجنون لا قصد لهما صحيح ولهذا لا يصح اقرارهما ، فكان حكم فعلهما حكم الخطأ فى انتفاء القصاص ولزوم الدية وحمل عاقلتهما اياها ووجوب الكفارة .

اذا ثبت هذا فان الدية تجب عليهم أثلاثا على كل واحد منهم ثلثها ، لأن الدية بدل المحل ، ولذلك اختلفت باختلافه والمحل المتلف واحد ، فكانت ديته واحدة ولأنها تتقدر بقدره .

الا أن الثلث الواجب على المكلف يلزم فى ماله حالا ، لأن فعله عمد ، وما يلزم الصبى والمجنون فعلى عاقلتهما .

ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله ، لأن فعلهما خطأ ، والمشارك فى القتل خطأ يلزمه كفارة ، لأنها لا تجب بدلا عن المحل ، ولهذا لم تختلف ، وانما وجبت تكفيرا للفعل ، ومحوا لأثره ، فوجب تكميلها كالقصاص [2] .

واذا قتلاه وأحدهما مخطىء ، والآخر متعمد ، فلا قود على واحد منهما ، وعلى العامد نصف الدية فى ماله وعلى عاقلة المخطىء نصف الدية ، وعليه فى ماله عتق رقبة مؤمنة .

أما المخطىء فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والاجماع .

وأما شريكه فلأن هذا القتل قتل لم يتمحض عمدا فلم يوجب القصاص كشبه العمد ، وكما لو قتله واحد بجرحين عمدا وخطأ ، ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب فاذا كانا عامدين فكل واحد متسبب الى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه اليه وههنا اذا أقمنا المخطىء مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب [3] .

وفى حكم شريك جارح نفسه وشريك السبع وجهان .

الأول لا قصاص عليه ، لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه كشريك الخاطىء .

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٧٤ — ٣٧٥ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٧٥ — ٣٧٦ .
(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٧٩ — ٣٨٠ .

والوجه الثانى عليه القصاص ، وهو قول أبى بكر الخلال .

وروى عن أحمد أنه قال : اذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص ، لأنه قتل عمد متحمض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الأب .

فأما ان جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جارحه فأصاب نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحى ، فلا قصاص على شريكه فى أصح الوجهين .

وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين فى شريك الخاطىء[1] .

واذا جنى عليه اثنان جنايتين : فان كانت الأولى أخرجته من حكم الحياة كأن قطع أحشاءه أو ذبحه ثم ضرب الثانى عنقه فالأول هو القاتل ، لأنه لا يبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة ، وعلى الثانى التعزير ، كما لو جنى على ميت .

وان كان جرح الأول يجوز بقاء الحياة معه كأن شق البطن من غير ابانة الأحشاء ، أو قطع طرفا ، ثم ضرب الآخر عنقه ، فالثانى هو القاتل ، لأن الأول لم يخرجه من حكم الحياة ، فيكون الثانى هو المفوت لها ، فعليه القصاص فى النفس ، والدية كاملة ان عفا الولى عنه .

أما جرح الأول فان كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولى مخير بين قطع طرفه والعفو عن ديته مطلقا .

وان كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش .

وانما كان عليه القصاص لأن فعل الثانى قطع سراية جراحه فصار كالمندمل الذى لا يسرى .

وان كان جرح الأول يفضى الى الموت لا محالة الا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة ، مثل خرق المعى أو أم الدماغ فضرب الثانى عنقه فالقاتل هو الثانى ، لأنه فوت حياة مستقرة وقتل من هو فى حكم الحياة .. كما لو قتل عليلا لا يرجى برؤه[2] .

واذا ألقى رجلا من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فالقصاص على من قتله ، لأنه فوت حياته قبل المصير الى حال ييأس فيها من حياته ، فأشبه ما لو رماه انسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار انسان رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه[3] .

(١) المرجع السابق ص ٣٨٠ — ٣٨١ .

(٢) المرجع السابق ج ٩ ص ٣٨٤ — ٣٨٥ .
(٣) المرجع السابق ص ٣٨٥ .

واذا اشترك جماعة فى القتل فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك ، واذا أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفو عن البعض ويأخذوا الدية من الباقين فلهم ذلك ، لأن كل من لهم قتله فلهم العفو عنه .

ولا يسقط القصاص عن البعض بالعفو عن البعض لأنهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما باسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا .

وأما اذا اختاروا أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة فان لهم هذا[1] .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى من استسقى قوما فلم يسقوه حتى مات .. فان كان الذين لم يسقوه يعلمون أنه لا ماء له البتة الا عندهم ولا يمكن ادراكه أصلا حتى يموت فهم قتلوه عمدا وعليهم القود ، بأن يمنعوا الماء حتى يموتوا كثروا أو قلوا ..

وهكذا القول فيمن تركوه فأخذه السبع وهم قادرون على انقاذه فهم قتلة عمدا اذ لم يمت الا من فعلهم ، وهذا كمن أدخلوه فى بيت ومنعوه حتى مات ولا فرق ، وهذا كله وجه واحد[2] .

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٧٣ .
(٢) المحلى ج ١٠ ص ٥٢٢ ــ ٥٢٣ .

مذهب الزيدية :

تقتل الجماعة بالواحد لقوله تعالى : (فقد جعلنا لوليه سلطانا) يعنى على القاتل ولم يفصل .. ولم يقتلوا بالواحد لصفة زائدة فى المقتول بل لكون كل منهم قاتلا ، والقول بتخصيص أحدهم مخالف للاجماع وقد قتل على ثلاثة بواحد ، وقتل عمر سبعة بواحد ــ وقد وردت عن عمر روايات متعددة فى هذا ــ ولم ينكر عليه ذلك وقال على : المائة بالواحد ولم ينكر عليه ذلك فكان اجماعا .

واذا انتقل الحكم الى الدية فانه يلزم الجماعة دية واحدة قال صاحب البحر وهو الأقرب للقياس كسائر المتلفات .

وانما يقتلون بالواحد ويشتركون فى ديته حيث مات بمجموع فعلهم بحيث لو نقص فعل أحدهم لم يمت بفعل الباقين ولو كان فعل واحد زائدا على فعل غيره منهم[3] .

واذا اشترك عامد ومخطىء قتل العامد ، اذ لم يفصل الدليل ، وعلى عاقلة المخطىء نصف الدية ..

ويقاد شريك الصبى والمجنون ..

وعلى الصبى ونحوه نصف الدية لمشاركته وهو على العاقلة .

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ٢١٨ .

ولا يسقط القود عن شريك الأب أو عبد شارك حرا فى عبد أو كافر شارك مسلما فى كافر لكمال شرط القصاص فيه ..

ويقاد شريك النفس أى يقتص من رجل شارك رجلا فى قتل نفسه ، وكذلك يقاد شريك السبع ..

ومن قطع حلقوم رجل ثم قطعه آخر نصفين فالقاتل الأول وعلى الآخر التعزير ، اذ حركته بعد الأولى كحركة المذبوح ..

فان جنى الأول بما لا يقطع بكونه قاتلا كقطع يد ، وجنى الآخر بما يقطع بكونه قاتلا فالقود فى القاتلة وفى الأخرى الأرش(١) .

مذهب الامامية :

لو اشترك جماعة فى قتل حر مسلم فللولى قتل الجميع . ويرد على كل واحد ما فضل من ديته عن جنايته ، وله قتل البعض ، ويرد الآخرون قدر جنايتهم ، فان فضل للمقتولين فضل ، قام به الولى ، وان فضل منهم كان له .

ولو اشتركت فى قتله امرأتان قتلتا ، ولا رد اذ لا فاضل لهما(٢) .

(١) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٢٣ — ٢٢٤ .
(٢) المختصر النافع ص ٣٠٧ — ٣٠٨ الطبعة الثانية .

مذهب الاباضية :

تقاد جماعة بواحد ، فقد قتل عمر رضى الله عنه بامرأة فتك بها ثلاثة رجال وقال : لو تمالأ عليها أهل صنعاء لقتلتهم بها كلهم « أى الا من لا يحل قتله كصبى ومجنون ومن لا يقتل فيها » .

والجماعة تقتل بواحد اذا قتلوه حرابة أو غيلة أو غير ذلك سواء من باشر القتل وغيره(٣) .

وان شاء الولى أخذ دية واحدة منهم جميعا وان شاء أخذها من واحد ويرجع هذا الواحد على غيره بمنابهم .

وقيل : يقاد واحد فقط لقوله تعالى (ان النفس بالنفس) والخيار للولى .

وصاحب القول الأول يقول : المعنى النفس بالنفس القاتلة تشمل النفوس القاتلات ، لأن كلا منهن قاتلة اذ اجتمعن على واحد بالقتل ، وان شاء أخذ الدية . واذا قتل الواحد فانه يرد الأخران لوليه منابهم من الدية . فان كان اثنان رد الآخر نصف الدية ، وان كان ثلاثة رد اثنان ثلثى الدية ، وان كان أربعة رد الثلاثة ثلاثة أرباعها وهكذا .

وقيل غير ذلك كالقول بأن له أن يقتل من شاء ويأخذ الدية عمن شاء ، فربما

(٣) شرح النيل ج ٨ ص ٩٨ .

قتل كثيرا وأخذ ديات كثيرة لأن كلا منهم كالقاتل المستقل ، وله أن يأخذ عن كل واحد منهم دية تامة وله أن يقتلهم جميعا وغير ذلك من الأقوال[١] .

وان اشترك فى قتيل واحد قاتل عاقل بالغ مع طفل أو مجنون ، لزم القاتل العاقل البالغ القود ، ولزم عاقلة القاتل الآخر الذى هو الطفل أو المجنون نصف الدية للولى ، الا أن يشاء الولى أن يأخذ الدية الواحدة ، نصفها عن العاقل البالغ ، ونصفها عن الآخر .

وقيل : له أن يأخذ دية تامة عنه ، ويأخذ دية تامة من عاقلة الصبى أو المجنون .

وفى اشتراك الثلاثة العاقل البالغ والطفل والمجنون فى القتيل الواحد يلزم عاقلتى المجنون والطفل ثلثا الدية ويقتل البالغ العاقل .

وقيل : لا قود فى هذا النوع من الاشتراك المذكور بين البالغ العاقل والطفل والمجنون ، أو البالغ مع أحدهما — لا شتراك من لا يقتل فى مثله ، ويؤدون ديته جميعا .

وان اشترك عاقلان بالغان فصاعدا مع طفل أو طفلين أو مع مجنون أو مجنونين فصاعدا فللولى أخذ الدية الواحدة على الرءوس ، وما ينوب الأطفال والمجانين على عواقلهم ، وله قتل البالغ العاقل ، وأخذ باقى الدية على العواقل ، وله قتل بعض من عقل وأخذ باقى الدية على باقى من عقل .

وقيل : له أخذ دية على كل من شاء ممن عقل ، وأخذ ديات من عواقل الأطفال ونحوهم[٢] .

وان اشترك العاقل البالغ مع غير انسان فى قتله ولو حية أو عقربا ولو سبقه غير الانسان — فهل يقتل به الا أن يشاء الولى أخذ الدية ، أو لا يقتل به ولكن يؤدى عنه الدية ؟ قولان عندهم .

وسواء فى غير الانسان أن يكون مملوكا لأحد أولا ، الا أن كان الانسان — يغرى غير الانسان فيقتل الانسان قولا واحدا[٣] .

الاشتراك فى القتل الخطأ

مذهب الحنفية :

لو اشترك عشرة رهط فى قتل رجل خطأ كانت الدية على عاقلتهم فى ثلاث سنين ، لأن وجوب الدية لصيانة المحل عن الهدر فالمحل واحد ، وبايجاب دية

---

(١) شرح النيل ج ٨ ص ١٥٠ — ١٥١ .

(٢) المرجع السابق ج ٨ ص ١٥٢ — ١٥٣ .
(٣) شرح النيل ج ٨ ص ١٥٣ .

واحدة عليهم يتم معنى الصيانة ، ثم الواجب على كل واحد جزء مما هو مؤجل فى ثلاث سنين ، وهو بدل النفس ، فهو بمنزلة ما لو اشترى عشرة نفر شيئا بثمن مؤجل الى ثلاث سنين ، فانه ثبت تمام الأجل فى حق كل واحد منهم ، وهذا لأن كل ثلث من بدل النفس مؤجل فى سنة ، والواجب على كل واحد منهم عشر كل ثلث ، الا أن يكون الواجب على بعضهم من الثلث الذى هو مؤجل الى سنة أو من الثلث الثانى خاصة(١) .

ثم يقرر السرخسى فى موضع آخر أنه اذا اشترك جماعة فى قتل رجل تجب على كل واحد منهم الكفارة كاملة(٢) .

واذا استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا ، فان سقط من عملهم قبل أن يفرغوا منه فالضمان عليهم دون رب الدار ، لأنه انما سقط لتقصيرهم فى الامساك فكأنهم ألقوا ذلك فيكونون قاتلين مباشرين فيلزمهم الدية والكفارة ويحرمون الميراث .

وان سقط ذلك بعد فراغهم من العمل فالضمان فيه على رب الدار استحسانا

وفى القياس هذا كالأول ، لأنهم باشروا أحداث ذلك فى الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداثه ، وانما يعتبر أمره فيما له أن يفعله بنفسه .

ولكنه استحسن ، لحديث شريح فانه قضى بالضمان فى مثله على رب الدار والمعنى فيه أنهم يعملون له ، ولهذا يستوجبون الأجر عليه وقد صار عملهم مسلما اليه بالفراغ منه ، فكأنه عمل ذلك بنفسه ، بخلاف ما قبل الفراغ ، فان عملهم لم يصر مسلما اليه بعد(٣) .

واذا استأجر الرجل اجراء يهدمون له حائطا فقتل الهدم من فعلهم رجلا منهم أو من غيرهم فالضمان عليهم والكفارة ، دون رب الدار ، لأنهم مباشرون اتلاف من سقط عليه شىء من أيديهم فى حالة العمل(٤) .

واذا استأجر الرجل أربعة رجال يحفرون له بئرا فوقعت عليهم من حفرهم فقتلت واحدا منهم ، فعلى كل واحد من الثلاثة الباقين ربع ديته وسقط الربع ، وكذلك لو كانوا أعوانا له ، لأنه انما سقط عليهم ما سقط بفعلهم فكانوا ، مباشرين لسبب الاتلاف ، والقتيل أحد المباشرين، فتوزع الدية عليهم ويسقط منه حصة القتيل بجنايته على نفسه ، وتبقى حصة الثلاثة بجنايتهم .

والأصل فيه ما روى أن عشرة نفر مدوا الحلة فسقطت على أحدهم فقتلته فقضى على رضى الله عنه على كل واحد من التسعة بعشر الدية وأسقط العشر حصة المقتول .

(١) المبسوط ج ٢٦ ص ٩٦ .
(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٢٨ .
(٣) المبسوط ج ٢٧ ص ٧ — ٨ .
(٤) المبسوط ج ٢٧ ص ١٣ — ١٤ .

وعن الشعبى أن عليا رضى الله عنه قضى فى القارصة والواقصة والقامصة بالدية أثلاثا وتفسير ذلك أن ثلاث جوار كن يلعبن ، فركبت احداهن صاحبتها ، فقرصت الثالثة المركوبة ، فقمصت المركوبة ، ووقعت الراكبة ، فاندقت عنقها ، فقضى على رضى الله عنه بثلث الدية على القارصة وبالثلث على القامصة ، وأسقط الثلث حصة الواقصة (الراكبة)(١) .

مذهب المالكية :

أن الجماعة اذا اشتركوا فى ضرب رجل وقصد كل واحد منهم ضربه بدون تمالؤ ،

ولكن لم يقصد أحد منهم قتله ، ثم أنهم ضربوه مجتمعين ، ومات من ضربهم ، فانهم لا يقتلون ، لأن قصد الضرب ليس مثله قصد القتل بالنسبة للجماعة بخلاف الواحد كما قال على الأجهورى(٢) ، وتجب على عواقلهم الدية منجمة ، فحكم ما وجب على عواقل متعددة كعشرة رجال من قبائل شتى قتلوا رجلا خطأ ، كحملهم صخرة فسقطت عليه ، كحكم العاقلة الواحدة أى كالحكم الذى وجب على العاقلة الواحدة من حيث التنجيم ، اذ ينجم ما ينوب كل عاقلة وان كان دون الثلث فى ثلاث سنين تحل بأواخرها(٣) .

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ١٦ .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٥ .
(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٨٥ .

ونصوا على أن كفارة القتل الخطأ تجب على القاتل الحر حتى ولو كان القاتل شريكا لصبى أو مجنون أو غيرهما ، فعلى كل كفارة كاملة ولو كثر الشركاء بل ولو كان القاتل صبيين أو مجنونين لوجب على كل منهما كفارة كاملة(٤) .

ومن صور الاشتراك فى الخطأ ما جاء فى حاشية الدسوقى من أنه قد تتزلق رجل انسان فيمسك آخر ثم هو يمسك ثانيا ، وهكذا فيقع الجميع ويموتون فالأول هدر ودية الثانى على عاقلة الأول ودية الثالث عليهما(٥) .

مذهب الشافعية :

لو رجع حجر منجنيق أطلق ، فقتل أحد رماته وهم عشرة مثلا هدر قسطه وهو عشر الدية وعلى عاقلة الباقين الباقى من دية الخطأ ، لأنه مات بفعله وفعلهم خطأ فسقط ما يقابل فعله .

ولو تعمدوا اصابته بأمر صنعوه وقصدوه بسقوطه عليه وغلبت اصابته كان عمدا فى مالهم ، ولا قود ، لأنهم شركاء مخطىء ..

واذا قتل المنجنيق شخصا آخر ليس منهم ولم يقصدوه فخطأ لعدم قصدهم له ففيه دية مخففة على العاقلة ..

(٤) المرجع السابق ج ٤ ص ٢٨٦ .
(٥) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٩ .

ثم الضمان يختص بمن مد الحبال ورمى الحجر لمباشرتهم ، دون واضعه وممسك الخشب ، اذ لا دخل لهم فى الرمى أصلا ، ويؤخذ منه أنه لو كان لهم دخل فيه ضمنوه أيضا وهو ظاهر(١) •

مذهب الحنابلة :

اذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية ، وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة فى ماله ، لأن كل واحد منهم مشارك فى اتلاف آدمى معصوم ، والكفارة لا تتبعض فكملت فى حق كل واحد منهم • ثم لا يخلو من حالين •

أحدهما : أن يقتل واحدا من غيرهم •• فالكفارة على كل واحد منهم والدية على عواقلهم أثلاثا ، لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد ، سواء قصدوا رمى واحد بعينه أو رمى جماعة أو لم يقصدوا ذلك ، الا أنهم ان لم يقصدوا قتل آدمى معصوم فهو خطأ ديته دية الخطأ •

وان قصدوا رمى جماعة أو واحدا بعينه فهو شبه عمد ، لأن قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضى الى اتلافه فتكون ديته مغلظة على العاقلة ، الا أنها فى ثلاث سنين •

وعلى قول أبى بكر الخلال لا تحمل العاقلة دية شبه العمد فلا تحمله ههنا(٢) •

والثانى : أن يصيب رجلا منهم فعلى كل واحد كفارة أيضا ولا تسقط عمن أصابه الحجر ، لأنه شارك فى قتل نفس مؤمنة ، والكفارة انما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة فى قتل نفسه كوجوبها بالمشاركة فى قتل غيره • وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه :

أحدها : ان على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول ، لأن كل واحد منهم مشارك فى قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب ، وهذا ينبنى على احدى الروايتين فى جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ تحمل عقلها عاقلته •

والوجه الثانى : ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد ، لأنه شارك فى اتلاف حقه ، فلم يضمن ما قابل فعله ، كما لو شارك فى قتل بهيمته أو عبده •

الوجه الثالث : أن يلغى فعل المقتول فى نفسه ، وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين •

وأن رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة •

فعلى الوجه الأول تجب ديتهما على عواقلهم أثلاثا ، وعلى كل واحد كفارتان •

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ •

(٢) المغنى ج ٩ ص ٥٥٨ — ٥٥٩ •

وعلى الوجه الثانى تجب على عاقلة الحى منهم لكل ميت ثلث ديته وعلى عاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ويلغى فعله فى نفسه .

وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحى لكل واحد من الميتين نصف الدية ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه[١] .

وان كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة فى أموالهم .. هذا هو الصحيح فى المذهب ، سواء كان المقتول منهم أو من غيرهم ، الا أنه اذا كان منهم يكون فعل المقتول فى نفسه هدرا ، لأنه لا يجب عليه لنفسه شىء ، ويكون باقى الدية فى أموال شركائه حالا ، لأن التأجيل فى الديات انما يكون فيما تحمله العاقلة ، وهذا لا تحمله العاقلة ، لأنها لا تحمل ما دون الثلث والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث[٢] .

وذكر أبو بكر الخلال رواية أخرى : أن العاقلة تحملها ، لأن الجناية فعل واحد اوجب دية تزيد على الثلث .

والصحيح هو الأول ، لأن كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه ، وحمل العاقلة انما شرع للتخفيف على الجانى فيما يشق ويثقل وما دون الثلث يسير والذى يلزم كل واحد منهم أقل من الثلث .. ولأن فعل كل واحد غير فعل الآخر[٣] ..

وان سقط رجل فى بئر فتعلق بآخر فوقعا معا فدم الأول هدر ، لأنه مات من فعله ، وعلى عاقلته دية الثانى ان مات ، لأنه قتله بجذبته .

فان تعلق الثانى بثالث فماتوا جميعا فلا شىء على الثالث ، وعلى عاقلة الثانى ديته فى أحد الوجهين ، لأنه جذبه وباشره بالجذب ، والمباشرة تقطع حكم السبب ، كالحافر مع الدافع .

والوجه الثانى ديته على عاقلة الأول والثانى نصفين ، لأن الأول جذب الثانى الجاذب للثالث ، فصار مشاركا للثانى فى اتلافه .

ودية الثانى على عاقلة الأول فى أحد الوجهين ، لأنه هلك بجذبته .

وان هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الأول وجذبة نفسه للثالث فسقط فعل نفسه كالمصطدمين فتجب ديته بكمالها على الأول .

والوجه الثانى يجب على الأول نصف ديته ويهدر نصفها فى مقابلة فعل نفسه

(١) المرجع السابق ص ٥٦٠ .
(٢) المرجع السابق نفس الموضع .
(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٦٠ — ٥٦١ .

ويتخــرج وجـــه ثالث وهــو وجــوب نصف ديتـــه على عاقلتـــه لورثتـــه ، كما اذا رمى ثلاثـــة المنجنيق فقتـــل الحجر أحدهم . وأما الأول اذا مات بوقوعهمـــا عليـــه ففيـــه الأوجـــه الثلاثـــة ..

وان جذب الثالث رابعـــا فمـــات جميعهم لوقوع بعضـــهم على بعض فـــلا شيء على الرابـــع ، لأنـــه لم يفعـــل شـــيئا فى نفسه ولا غـــيره ، وفى ديتـــه وجهان .

أحدهما : أنها على عاقـــلة الثالث المبـــاشر لجذبـــه .

وثانيهمـــا : على عاقـــلة الأول والثـــانى والثالث ، لأنه مات من جـــذب الثلاثـــة فكانت ديتـــه على عواقلهم .

وأما الأول فأمـــا أن يلغى فعـــل نفســـه وتجب ديتـــه على الثـــانى والثالث نصفين ، أو يجب على عاقلتهمـــا ثلثـــاها ، ويســـقط ما قابل فعل نفســـه ، أو يجب على عاقلتـــه ثلثها لورثتـــه .

والجاذب الثـــانى فيـــه الأوجه المذكورة .

والجاذب الثالث فيـــه مثل هـــذه الأوجـــه الثلاثـــة ، ووجهان أخران .

أن ديتـــه بكمالهـــا على الثـــانى ، لأنـــه المبـــاشر .

أو أن على عاقلتـــه نصـــفها ويســـقط النصف الثانى فى مقابلة فعـــله فى نفسه[1] .

وان هلكوا بأمر فى البئـــر مثل أســـد كان فيـــه ، وكان الأول جـــذب الثانى ، والثانى جـــذب الثالث ، والثالث جـــذب الرابع فقتلهم الأســـد ، فلا شيء على الرابـــع وديتـــه على عاقلة الثالث .

وقيـــل : على عواقل الثلاثة أثلاثـــا . ودم الأول هدر وعلى عاقلته ديـــة الثـــانى ، وأما ديـــة الثالث فعلى الثـــانى .

وقيل : على الأول والثـــانى نصـــفين ، وهى مسألة الزبيـــة فقـــد روى أن قومـــا من أهل اليمن حفروا زبيـــة للأســـد ، فاجتمـــع النـــاس على رأســـها ، فهوى فيهـــا واحد ، فجـــذب ثانيا ، فجذب الثـــانى ثالثـــا ، ثم جـــذب الثالث رابعـــا ، فقتلهم الأســـد ، فرفع ذلك الى على رضى الله عنـــه ، فقال : للأول ربـــع الديـــة ، لأنـــه هلك فوقه ثلاثة ، وللثانى ثلث الديـــة ، لأنـــه هلك فوقه اثنان ، وللثالث نصـــف الديـــة ، لأنـــه هلك فوقـــه واحـــد ، وللرابـــع كمال الديـــة ، وقال : انى أجعل الديـــة على من حفـــر رأس البـــئر ، فرفع ذلك الى النبى صـــلى الله عليـــه وسلم فقال : هو كما قال[2] .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حـــزم فى المحلى : لو أن قومـــا حفـــروا فى حـــائط بحق أو ببـــاطل أو فى معـــــدن أو فى بئر فتردى عليهم الحـــائط

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٦٢ — ٥٦٣ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٥٦٤ .

أو الجرف فماتوا أو مات بعضهم .. فان كانوا لم يقصدوا الا العمل لا هدمه على أنفسهم فهم قتله خطأ على عواقلهم كلهم دية لكل من مات فقط ، فان لم يكن لهم عواقل فمن سهم الغارمين ، أو من كل مال لجميع المسلمين .

أو أن قوما وقفوا على جرف فانهار بأحدهم فتعلق بمن بقربه ، وتعلق ذلك بآخر فسقطوا فماتوا ، فالمتعلق بصاحبه قاتل خطأ ، فالدية على عاقلة المتعلق ، فكأن زيدا تعلق بخالد ، وتعلق خالد بمحمد ، فعلى عاقلة زيد دية خالد ، وعلى عاقلة خالد دية محمد فقط ، وكذلك أبدا ، لأن المتعلق بانسان الى مهلكة قاتل خطأ .

فلو تعلقوا هكذا فوقعوا على أسد ، أو ثعبان فقتلهم ، فان كان خطأ فلا شيء فى ذلك لأنه ليس من بينهم قاتل خطأ وانما قتلت البهيمة[1] ..

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار[2] :

اذا حفر رجل بئرا فى موضع ، وهو متعد بالحفر فيه — كطريق المسلمين وكملك غيره ، ونحو ذلك — فان ما تلف بتلك البئر بالسقوط فيه ، فجناية خطأ من الحافر تضمن فيها عاقلته دية من وقع فيها .

فان تعدد الواقعون فلا يخلو أما أن يكونوا متجاذبين أولا ، وفى كل واحد من الحالين لا يخلو ، أما أن يكونوا متصادمين أولا ، ومتى كانت الجناية على أى الحالين عمل بمقتضى الحال من خطأ وعمد ، وتخصيص واهدار .

فاذا كانوا متجاذبين متصادمين ، كأن يسقط الأول ، فجذب ثانيا ، ثم الثانى ثالثا ثم الثالث رابعا فماتوا بسقوط بعضهم على بعض ، فانه يهدر من الأول سقوط الثانى عليه ، لأنه بسببه ، وحصته ربع الدية ، ويضمن الحافر ربع ديته ، والثانى ربعا ، والثالث ربعا ، ويهدر من الثانى سقوط الثالث عليه ، وحصته ثلث الدية ، ويضمن الأول ثلث ديته ، والثالث ثلثا ، ويهدر من الثالث سقوط الرابع عليه ، وحصته نصف الدية ، ويضمن الثانى نصف ديته ، ويضمن الثالث جميع دية الرابع .

وأما اذا كانوا متجاذبين غير متصادمين ، فان دية الأول على الحافر ، ودية الثانى على الأول ودية الثالث على الثانى ودية الرابع على الثالث .

وأما اذا كانوا غير متجاذبين وصدم بعضهم بعضا ، فربع دية الأول على الحافر ، وعلى الثلاثة ثلاثة أرباع ، ودية

(١) المحلى ج ١٠ ص ٥٠٥ .
(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ .

الثـانى على الثالث والرابع نصـفين ، ودية الثالث على الرابـع ، ويهدر الرابـع •

وأما اذا كانـوا غـير متجـاذبين وغـير متصـادمين ، فان ديتهم كلهـا على عاقـلة الحـافر •

مذهب الاماميـة :

لو رمى جمـاعة بالمنجنيق فقتـل الحجر أجنبيـا ، فـان قصـدوا فهـو عمـد يجب القصـاص به ، والا فهـو خطأ ، والضمان يتعلق بجاذب الحبـال ، لا بصاحب المنجنيق ، ولا بواضـع الحجر فى المقـلاع ، ولا بممسك الخشب ، ولا بمن يسـاعد بغير المـد •

ولو عـاد الحجـر فقتل واحـدا منهم فهو شريـك فى قتل نفسـه •

فان كانـوا ثلاثـة فعلى كل واحـد ثلث الديـة ، ويسـقط ما قابـل فعـله •

ولو هلكوا أجمع فعـلى عاقـلة كل نصف دية البـاقين •

أما اذا كانـوا ثلاثـة وقتل بـه واحـد منهم فالوجـه أن على عاقـلة كل منهم ثلث الديـة •

قـال فى المبسـوط : اذا كانـوا عشرة فرموا حجـرا بالمنجنيق فقتل واحـد منهم ، فقـد مات بجنايتـه على نفسـه ، وجنايـة التسـعة عليه فما قابل جنايته على نفسـه ، فهـو هـدر ، وما قابـل جنايـة التسـعة مضـمون على عاقلة كل واحد من التسـعة عشر ديتـه ، فيكون لوارثـه تسـعة أعشـار الديـة •

وان قتـل الحجـر اثنين منهم فعلى عاقلة كل واحـد من البـاقين عشر دية كل من الميتين ، فيكون على عاقلة كل من الميتين عشر دية صـاحبه ، لأنه مات من جنايتـه على نفسـه ، وجنـاية التسـعة عليـه ، والميت أحـد التسـعة ، وعلى عاقلة كل واحـد من الباقين عشر دية كل واحـد من الميتين ، فتكون عاقلة كل واحـد من الثمانيـة قـد عقـلت خمس الدية : العشر لوارث هـذا الميت ، والعشر لـوارث الميت الآخـر ، فيحصـل لورثة كل واحـد من الميتين تسعة أعشـار الدية •

وهـكذا على هـذا الحسـاب ان قتـل الحجـر ثلاثة أو أربعة أو تسعة •

فأما ان رجـع الحجـر فقتلهم أجمعين فعـلى عاقلة كل واحـد منهم تسعة أعشـار الدية لورثة كل ميت العشر ، لأن كل واحـد منهم مات من جنـايته على نفسـه ، وجناية التسـعة عليـه فمـا يقـابل جنـايته هدر ، وما يقابل جنـاية التسـعة عليه مضمون ، فيـكون على عاقلة كل واحد من الباقين عشر ديتـه ، فيكون لورثة كل واحـد تسـعة أعشـار الدية على تسع عواقل[1] •

(١) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣٤١ .

ولو اشترك ثلاثة فى هدم حائط فوقع على أحدهم فمات ، ضمن الباقيان ديته ، لأن كل واحد ضامن لصاحبه • وأصله ما روى عن أمير المؤمنين على عليه السلام من أنه قضى فى حائط اشترك فى هدمه ثلاثة نفر فوقع على أحدهم فمات فضمن الباقيين ديته لأن كل واحد منهما ضامن لصاحبه •

والأقرب أن عليهما ثلثى ديته كما هو مختار السرائر والنافع وغيرهما • • وهو الذى استنبطه فى السرائر والمبسوط من مسألة المنجنيق فنسبه اليه ونعم ما استنبط وحكاه فى المختلف عن أبى على ، لأنه شريك فى الجناية فيسقط ما قابل فعله ، والا لزم أن يضمن الشريك فى الجناية جناية شريكه ، وهو باطل ، ويمكن حمل الرواية على ذلك ، لعدم التصريح فيها بأن عليهما الدية كلها فتحمل على ارادة ثلثيها[(١)] •

ولو جذب شخصا وجذب الثانى ثالثا فماتوا بوقوع كل منهم على صاحبه ، فالأول مات بفعله وفعل الثانى ، فيسقط نصف ديته ، ويضمن الثانى النصف والثانى مات بجذبه الثالث عليه وجذب الأول ، فيضمن الأول النصف ولا ضمان على الثالث وللثالث الدية ، فان رجحنا المباشرة فديته على الثانى ، وان شركنا بين القابض والجاذب فالدية على الأول والثانى نصفين[(٢)] •

أما اذا وقع رجل فتعلق بآخر وتعلق الثانى بالثالث وجذب الثالث رابعا فأكلهم الأسد ففيها عند الامامية روايتان — على ما جاء فى المختصر النافع بخصوص واقعة الزبية •

الرواية الأولى : رواية محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين على عليه السلام فى الأول بأنه فريسة الأسد وغرم أهله ثلث الدية للثانى ، وغرم الثانى لأهل الثالث ثلثى الدية وغرم الثالث لأهل الرابع الدية ••

والرواية الثانية هى رواية مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام : أن عليا عليه السلام قضى للأول ربع الدية وللثانى ثلث الدية ، وللثالث نصف الدية ، وللرابع الدية تماما ، وجعل ذلك على عاقلة الذين ازدحموا[(٣)] •

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل وان قتل أحد فريق متعدد اثنان أو ثلاثة ، أو أكثر خطأ ، لزم عواقلهم الثلث فى كل عام ، يعطى كلهم ثلث الدية على رءوسهم كل عام[(٤)] •

(ب) الاشتراك فى القتل بالتسبب

مذهب الحنفية :

جاء فى المبسوط : اذا استأجر اجراء

(١) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣٤٢ •
(٢) متن مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ •
(٣) المختصر النافع ص ٣٢٠ •
(٤) شرح النيل ج ٨ ص ١٠٩ •

على حفر بئر فى غير فنائه فوقع فيها انسان ومات .

فان كانوا يعلمون أنها من غير فنائه فالضمان عليهم ، لأنهم جناة فى الحفر وأمره اياهم بالحفر غير معتبر شرعا ، لأنه غير مالك للحفر بنفسه فى هذا الموضع ، وانما يعتبر أمره لاثبات صفة الحل ولدفع الغرور عن الحافر به ، وقد انعدما جميعا فى هذا الموضع فسقط اعتبار أمره ، فكان الضمان على الذين باشروا الحفر .

وان كان فى فنائه فالضمان على الآمر دون الاجراء علموا أو لم يعلموا ، لأن أمره فى فنائه معتبر(١) .

واذا حفر بئرا فى الطريق ثم جاء آخر فحفر منها طائفة فى أسفلها (أى عمقها) ثم وقع فيها انسان فمات ، فانه ينبغى فى القياس أن يضمن الأول ، كأنه الدافع، وبه يأخذ محمد ، لأن الأول بما حفر من وجه الأرض يصير كالدافع لمن سقط فى القعر الذى حفره صاحبه .

والاستحسان الضمان عليهما ، لأن هلاكه كان بسبب فعلهما ، فان الواقع فى البئر انما يهلك عند عمق البئر واتمام ذلك بفعل الثانى ، وقد انضم فعله الى فعل الأول فى اتمام شرط الاتلاف فيكون الضمان عليهما ..

ولو وسع أحد رأسها فوقع فيها انسان فمات كان الضمان عليهما نصفين .

وتأويل هذا ان الثانى وسع رأسها قليلا على وجه يعلم أن الساقط انما وضع قدمه فى موضع بعضه من حفر الأول وبعضه من حفر الثانى(٢) .

واذا سار الرجل على دابة فى الطريق ، فنخسها رجل باذن الراكب كانت الدية عليهما جميعا اذا كان فى فورها الذى نخسها فيه ، لأنه لما نخس باذن الراكب صار بمنزلة السائق والراكب فكان الضمان عليهما نصفين .

فأما اذا انقطع ذلك الفور كما اذا سارت ساعة وتركها من السوق فالضمان على الراكب خاصة(٣) .

واذا أقاد الرجل قطارا فى طريق المسلمين فما وطىء أول القطار وآخره فالقائد ضامن له وان كان معه سائق فالضمان عليهما .. وهما مشتركان فى

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ١٥ .

(٢) المبسوط ج ٢٧ ص ١٦ — ١٧ .
(٣) المبسوط ج ٢٧ ص ٢ .

الضمان لاستوائهما فى السبب ، وهذا لأن السوق والقود فى الطريق مباح متيد بشرط السلامة بمنزلة الركوب ، فكما أن الراكب يجعل ضامنا بما تلف بسبب يمكن التحرز عنه ، فكذلك السائق والقائد •

والمعنى فى الكل أن الدابة فى يده فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه فى صرف الدابة بسوقه أو بقوده •

وان كان معهما سائق للابل وسط القطار فالضمان فى جميع ذلك عليهم أثلاثا ، لأن الذى هو فى وسط القطار سائق لما بين يديه ، فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه من الابل قائدا لما خلفه ، والسائق والقائد فى حكم الضمان سواء ، وكذلك ان كان يكون أحيانا فى وسطها ، وأحيانا يتقدم وأحيانا يتأخر ، لأنه فى جميع هذه الأحوال سائق للقطار أو قائد •

ولو كان الرجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن •• وهو معهم فى الضمان فيما أصاب الذى هو عليه وما خلفه •

أما ما فى البعير الذى هو عليه ، فلأنه راكب والراكب شريك السائق والقائد فى الضمان •

وأما ما خلفه فلأنه قائد لما خلفه لأن ما خلفه زمامه مربوط ببعيره ومشى البعير الذى هو عليه يضاف الى الراكب فيجعل هو بهذا المعنى كالقائد لما خلفه •

ولو سقط شىء مما تحمل الابل على انسان فقتله أو سقط بالطريق فعثر فمات كان الضمان فى ذلك على الذى يقود الابل وان كان معه سائق فالضمان عليهما (١) •

واذا شهد شاهدان على رجل بقتل عمد وقبلت شهادتهما ، ثم رجعا بعد القصاص ، فعليهما الدية فى مالهما ، وذلك أن الشاهد سبب للقتل ، والسبب لا يوجب القصاص ، كحفر البئر ، وهذا لأنه يعتبر فى القصاص المساواة ، ولا مساواة بين السبب والمباشرة ، فعرفنا أن الشاهد غير مباشر حقيقة ولا حكما (٢) ، فاذا لم يجب القود عليهما كان عليهما الدية ان رجعا ، وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية ، لأن كل واحد منهما سبب لاتلاف نصف النفس •

مذهب المالكية :

اذا أمسك انسان شخصا لآخر يبغى قتله ، فقتله وكان الممسك يعلم ذلك ولولا امساكه اياه لما تمكن قاتله من قتله — اقتص من الممسك لتسببه كما

---

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ٣ ، ٤ •
(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٨١ •

يقتص من القاتل ، فان أمسكه لأجل أن يضربه ضربا معتادا أو لم يعلم أنه يقصد قتله لعدم رؤيته آلة القتل معه ، أو كان قتله لا يتوقف على امساكه له قتل المباشر وحده وضرب الآخر وحبس سنة .

وقيل : يحبس باجتهاد الحاكم .

وقيل : يجلد مائة فقط .

وكذا يقتل الدال اذا علم أن طالبه يريد قتله ، وكان لولا دلالته ما قتل المدلول عليه[1] .

ثم يقول الدردير : ويقتل المتسبب مع المباشر أى ولو لم يجتمعا فى وقت الهلاك كحافر البئر لمعين فرداه غيره فيها ، ولو كان ذلك من غير تمالؤ بين الحافر والمردى ، وكمكره ــ بكسر الراء ومكره ــ بفتحها يقتلان معا هذا لتسببه وهذا لمباشرته[2] ، (أنظر اكراه) .

واذا شهد اثنان على رجل بأنه قتل شخصا عمدا عدوانا ثم رجعا بعد الحكم والاستيفاء ، فقد اختلف المالكية فى ذلك .

فقيل : ان على الشاهدين دية الشخص الذى تسببا فى قتله ، حتى لو تعمدا الزور فى شهادتهما ، وهذا القول لابن القاسم .

وقال أشهب : يقتص منهما فى العمد .

وقد رجح العلامة خليل هذا الرأى حيث قال : عنه : وهو أقرب ، لأنهما قتلا نفسا بغير شبهة .

وعلى قول ابن القاسم يوجعان ضربا ، ويطال سجنهما ويغرمان الدية فى مالهما[3] .

مذهب الشافعية :

لو أمسك انسان شخصا فقتله آخر أو حفر بئرا فرداه فيها آخر ــ وهذه التردية تقتل غالبا ، فالقصاص على القاتل ، والمردى فقط دون الممسك ، والحافر[4] لأن فعله قد يقع اثر فعل الأول عندئذ لكن عليهما الاثم والتعزير .

أما غير الأهل كمجنون أو سبع ضار فلا أثر له لأنه كالآلة والقود على الأول كما قاله ابن الرفعة .

ولو أكرهه على قطع أو قتل شخص بغير حق فعلى المكره بكسر الراء القصاص ، ولا نظر الى أن المكره متسبب

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٢٤٥ .
(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٢٤٦ .
(٣) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .
(٤) راجع نص الحديث فى مذهب الحنابلة .

والمكره مباشر ولا الى أن شريك المخطىء لا قود عليه لأنه معه كالآلة[١] .

ولو شهدا على آخر بما يوجب القصاص فى نفس أو طرف أو بردة أو بسرقة فقتل ، أو قطع بأمر الحاكم بشهادتهما ، ثم رجعا عنها وقالا : تعمدنا الكذب ، وعلمنا أنه يقتل بها لزمهما القصاص ، فان عفى عنهما فدية مغلظة ، لأنهما تسببا فى اهلاكه بما يقتل غالبا[٢] .

مذهب الحنابلة :

اذا أمسك انسان رجلا فقتله آخر فلا خلاف فى أن القاتل يقتل لأنه قتل من يكافئه عمدا بغير حق ، وأما المسك فان لم يعلم ان القاتل يقتله فلا شىء عليه وان كان يعلم أنه سيقتله فقد اختلفت الرواية فيه عن أحمد .

فروى عنه أنه يحبس حتى يموت ، لما رواه الدار قطنى باسناده عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك ، ولأنه حبسه الى الموت فيحبس الآخر الى الموت ، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فاننا نفعل ذلك به حتى يموت .

وروى عن أحمد أنه يقتل أيضا لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله وبامساكه تمكن من قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما ، فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص .

وقد رجح ابن قدامة الرواية[٣] الأولى .

ولو أمر صبيا لا يميز أو مجنونا أنه يقتل الآمر دون المباشر[٤] .

وان وضع رجل حجرا ، وحفر آخر بئرا ، أو نصب سكينا فعثر آخر بالحجر، فوقع فى البئر أو على السكين ، فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين ، لأن واضع الحجر كالدافع له ، واذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده[٥] .

وان شهد رجلان على رجل بجرح، أو قتل ، أو سرقه قد توجب القطع ، أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقتص منه ، أو قطع بالسرقة ، أو حد ، فأفضى الى تلفه ، ثم رجعا عن الشهادة لزمهما ضمان ما تلف بشهادتهما كالشريكين فى الفعل ، ويكون الضمان فى مالهما لا تحمله عاقلتهما ، لأنها لا تحمل اعترافا ، وهذا ثبت باعترافهما .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ .
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤١ .
(٣) المغنى ج ٩ ص ٤٧٧ ، ٤٧٨ .
(٤) المغنى ج ٩ ص ٤٧٨ — ٤٧٩ .
(٥) المغنى ج ٩ ص ٥٦٥ — ٥٦٦ .

وقـد روى عـن على رضى الله عنـه أن شـاهدين شـهدا عنده على رجـل بالسرقة فقطعه ، ثم أتيـا بآخـر فقـالا : يا أمير المؤمنين ليس ذاك السـارق ، انمـا هـذا هـو السـارق فأغرمهما دية الأول ، وقـال : لو علمت أنكمـا تعمـدتما لقطعتكما ، ولـم يقبل قولهمـا فى الثـانى .

وان أكره رجل رجـلا على قتـل انسـان فقتـله فصـار الأمر الى الديـة فهى عليهما لأنهمـا كالشريكين ، ولهـذا وجب عليهما[1] القصـاص (انظر اكراه) .

مذهب الظـاهرية :

اذا أمسـك انسـان رجلا فقتـله آخر ـ فيقتـل القـاتل ، ويحبس الممسـك حتى يموت ، لأن الممسـك حبس انسـانا حتى مات ، وقد قـال الله تعـالى : (والحرمات قصـاص) فكان الممسـك للقتـل سـببا ومتعديا ، فعليـه مثـل ما فعـل ، فواجب أن يفعـل به مثـل ما فعـل ، فيمسـك محبوسـا حتى يموت[2] .

وان أمر غـيره بقتـل انسـان فقتـله المـأمور : فان كان متولى القتل مطيعا للآمر منفـذا لأمره ، ولولا أمره اياه لم يقتـله ، صـح أنهمـا جميعا قاتلان ، واذن يـكون عليهمـا جميعـا ما على القـاتل من القود ، سـواء فى ذلك الآمر والمأمور .

وأمـا اذا أمره ففعـل ذلك باختيـاره ، لا طاعة للآمـر ، فالمباشر وحـده هو القاتل فعليـه القـود وحـده ، ولا شىء على الآمر، لأنه لا خـلاف فى أنه لا يقع عليـه ههنـا اسـم قاتل .. وانمـا الأحكام للأسـماء فقط[3] .

ومن أعطى أحمق سكينا فقتـل به قوما ، فلا شىء فى ذلك ـ على المعطى ـ لأنه لـم يباشر شـيئا مـن الجنـاية فـلا يسـمى قـاتلا .

فلو أنه أمـر الأحمـق بقتـل انسـان بعينـه فقتله ، فان كان الأحمق فعـل ذلك طاعة له ، وكان ذلك معـروفا فهـو آمـر ، والآمر عليه القـود ، وان لـم يفعـل ذلك طائعـا لـه ، فـلا شىء فى ذلك ، لأنه لـم يكن لا عن أمره ولا عن فعـله[4] .

مذهب الزيدية :

اذا وضـع رجـل فى الطـريق حجـرا ، وآخـر سـكينا ، فعثر رجـل بالحجـر ، فقتـله السـكين ، فالضـمان على واضـع السـكين ، اذ مات بهـا .

ولو وضـع ثـلاثة ثلاثا فعثر بأحـدها ومات باثنتين فالدية على واضعى الجحـرين مناصـفة ، لأن المـوت حصـل بجنـاية الحجـرين فهمـا كالمباشر مع السبب .

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٧٨ ـ ٥٧٩ .
(٢) المحلى ج ١٠ ص ٥١١ ـ ٥١٣ .
(٣) المحلى ج ١٠ ص ٥١١ .
(٤) المحلى ج ١١ ص ٢ .

ولو نصب فى ملكه سكينا ووضع غيره حجرا متعديا فهلك بالسكين من عثر بالحجر فالضمان على واضع الحجر لتعديه ، اذ الحجر كالدافع على السكين ، وكذا ما أشبهه(١) .

ومن عثر بحجر وضع تعديا فوقع فى بئر كذلك ضمن واضع الحجر اذ هو كالدافع .

ومن سقط فى بئر حفر تعديا فجر آخر فماتا جميعا بالتصادم والهواء ضمن الحافر نصف دية الأول (الجاذب) ، وهدر النصف ، اذ مات بسببين : منه ومن الحافر .

وقيل : لا شىء على الحافر ، اذ هو فاعل سبب ، والجذب مباشرة .

وأما المجذوب فديته على الجاذب قولا واحدا اذ هو المباشر(٢) .

ولو شهد اثنان على آخر بسرقة فقطعت يده ، ثم رجعا عن شهادتهما ، أو قالا : أخطأنا والسارق شخص آخر — فعليهما دية اليد مناصفة كما تدل على ذلك أثر على المشهور(٣) .

مذهب الامامية :

لو حفر بئرا قريب العمق فعمقها غيره فالضمان على الأول ، أو يشتركان .

وجه كون الضمان على الحافر الأول : أنه أسبق السببين ، فيحال عليه ، وهو مختار التحرير والارشاد مع احتمال الاشتراك فيهما .

وجه الاشتراك : أن التلف استند الى سبب فان المتلف انما هو التردى بمالها من العمق .

وعلى تقدير الاشتراك فالظاهر أن الضمان عليهما بالسوية .

ويحتمل التوزيع على القدر الذى أحدثه كل منهما .

ثم ان احتمال الاشتراك لعله انما يجرى اذا كان ما أحدثه الثانى مما يستند اليه التلف عادة بأن لا يكون قليلا جدا .

أما الأول فلابد من حفره حتى يبلغ ما يسمى بئرا فانه المفروض(٤) .

كما ذهب الى أنه اذا اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر كالدافع مع الحافر ، والممسك مع الذابح وواضع الحجر فى الكفة مع جاذب المنجنيق(٥) .

ولو اجتمع سببان متساويان فى العدوان مختلفان فى التقديم والتأخير بالنسبة الى الجناية ، فانه يقدم الأول

(١) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٤٣ .
(٢) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٤٤ .
(٣) الروض النضير ج ٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ .

(٤) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣٢٠ .
(٥) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٣١٨ .

منهما فى الضمان وان تأخر حدوثه عن الآخر .

ولو حفر بئرا فى طريق مسلوك ونصب آخر حجرا فتعثر به انسان فوقع فى البئر فمات ، ضمن واضع الحجر ، لأن العثار بالحجر هو الذى الجأه الى الوقوع فى البئر فكان هو المهلك بواسطة الوقوع ، وقد تحققت نسبة الضمان اليه قبل الآخر فيستصحب .

ولو نصب سكينا فى بئر محفورة فتردى انسان فمات بالسكين فالضمان على الحافر ، فانه بمنزلة الموقع له على السكين[1] .

مذهب الاباضية :

اذا أمسك الرجل شخصا وقتله رجل آخر غير الممسك له فان القود على الذى قتل والحبس للذى أمسك ، لما روى عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم : اذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك .

وعن الشيخ أبى سليمان رحمه الله يقتل فى الرجل خمسة رجال : من ضربه ، ومن أشغله حتى ضربه الآخرون ، ومن أشار اليه بالأصبع ، ومن رده اليهم ، ومن أمسكه[2] .

ولكن أن أمسكه واحد يظن أنهم يؤدبونه فلا يقتل .

ولو رجع الشهود عن شهادتهم بعد القصاص فعلى ولى القتيل الأول الدية لورثه من اقتص منه ، ويرجع الولى على الشهود .

وقيل : تجب الدية على الشهود بلا رجوع بذلك على ولى القتيل الأول . وهذا هو الصحيح : لأن الولى لم يتعمد ولم يخطىء .

وقيل : يجوز لولى القتيل الثانى قتل الشهود[3] .

ومن أكره على قتل فقيل يقتل هو ، أو مكرهه ، أو كلاهما ان كان فتكا .

وقيل : يدرأ القتل على الذى أكرهه غيره (انظر اكراه) .

ومن أمر صبى غيره فعليه القود .
وقيل : الدية .

وقيل : اذا أمر الجبار رجلا بالقتل فللولى قتل من شاء منهما .

وقيل : يقتل القاتل وان لم يقدر عليه فالدية على الآمر .

وقيل يقتله ان لم يقدر على القاتل .

---

(١) المرجع السابق ج١٠ ص٣١٩ — ٣٢٠ .
(٢) شرح النيل ج ٨ ص ٩٧ ، ٩٨ .
(٣) شرح النيل ج ٨ ص ١٥٧ ، ١٥٨ .

وقيل : عليه القود وعلى القاتل الدية ان أجبر[١] .

الاشتراك فى الاعتداء على ما دون النفس .

مذهب الحنفية :

لا تقطع يدان بيد واحدة للتفاوت فى البدل والتفاوت فى المقدار ، وتأثير التفاوت فى المقدار فيما يعتبر فيه المماثلة أكثر من تأثير التفاوت فى الصفة .

ثم التفاوت فى الصفة ها هنا يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص كالصحيحة بالشلاء ، فالتفاوت فى المقدار أولى .

فكل واحد منهما قاطع بعض اليد سواء اختلف محل الفعل أو اتحد ، لأن القطع هو الفعل بين متصلين ، ولهذا يطلق هذا الاسم على الخشب والنبات والجبال .

ونحن نتيقن أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ، ولا معتبر بأمرار كل واحد منهما السلاح على جميع العضو ، لأن امرار السلاح من غير حصول القطع به وجوده كعدمه ، وما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر . هذا شىء يعرفه كل عاقل ، فعرفنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد ، ولا يجوز أن يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد ، لأن المساواة فى الفعل معتبرة لا محالة .

والدليل عليه أن القطع فى الجملة مما يحتمل الوصف بالتجزى ، وما يحتمل الوصف بالتجزى اذا اشترك فيه اثنان يضاف الى كل واحد منهما بعضه ، وان حصل على وجه غير متجزى .

وأما النفس فالقياس فيها هكذا .

ولكن تركنا القياس بالأثر وهو حديث عمر ، والمخصوص من القياس بالأثر لا يلحق به الا أن يكون فى معناه من كل وجه ، لأن الفعل فى النفس لا يحتمل الوصف بالتجزى بحال والفعل فى الطرف يحتمل الوصف بالتجزى ، ألا ترى أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقى ، وفى النفس لا يتحقق ازهاق بعض الحياة دون البعض ، فلعدم احتمال التجزى هناك يجعل كاملا فى حق كل منهما ، ولاحتمال التجزى ها هنا يجعل كل واحد منهما قاطعا للبعض ، اذ أن الفعل فى النفس يكمل بسراية فعله ، فانه لو جرح فسرى الى النفس كان مباشرا قتله ، والفعل فى الطرف لا يكمل بسراية الفعل ، وأنه لو قطع فسرى الى ما بقى حتى سقط لا يلزمه القصاص ، وسراية فعله أقرب الى فعله من فعل شريكه ، فاذا لم يجز تكميل فعله بسراية فعله فى حكم القصاص ، فلأن لا يجوز تكميله بفعل شريكه أولى ولا معنى لاعتبار الزجر ، فان معنى الزجر معتبر بعد وجود المماثلة ، بدليل أنه لا تقطع يد الحر بيد العبد ، ولا الصحيحة بالشلاء ، لانعدام المماثلة وان وقعت الحاجة الى الزجر ، ولأن

---

(١) شرح النيل ج ٨ ص ١٤٨ .

المشتركين فى أدنى ما يتعلق به القطع لا يلزمهما القطع ، كما لو اشترك رجلان فى سرقة نصاب واحد لا يقطع واحد منهما وان كان المسروق درة لا تحتمل التجزى ، وبه فارق النفس ، فان المشتركين فى أدنى ما يوجب القتل حقا لله تعالى يلزمهما القتل نحو ما اذا اشتركا فى قتل رجل فى قطع الطريق فيعتبر حق العبد بحق الله تعالى فى الفعلين جميعا .

واذا ثبت أنه لا يجب القصاص عليهما قلنا يجب على كل منهما نصف دية اليد فى ماله ، لأنا نتيقن أن كل واحد منهما قاطع للنصف والفعل عمد .

وكذلك اذا وضع كل واحد منهما السكين من جانب فانا علمنا أن كل واحد منهما قطع نصف اليد فيلزمه نصف الدية ، وانما يصار الى حكومة العدل اذا لم يعلم أن كل ما قطعه كل واحد منهما قدر النصف (١) .

مذهب المالكية :

اذا اشترك جماعة فى جناية على شخص فيما دون النفس ، بلا تمالؤ وتميزت جناية كل واحد منهم فمن كل يقتص بقدر فعله مساحة ولا ينظر لتفاوت العضو بالرقة والغلظ (٢) .

ويقول الدسوقى : أنه يقتص من كل واحد بمساحة ما جرح ، ولا يضر كون المساحة قد تكون ثلث عضو المجنى عليه ونصف عضو الجانى وبالعكس .

ثم يقول الدردير : (بقى النظر فيما اذا لم تتميز فهل يلزمهم دية الجميع ، أو يقتص من كل بقدر الجميع ، لكن الثانى بعيد جدا ، اذ لو كانوا ثلاثة قلع أحدهم عينه ، والثانى قطع يده ، والثالث قطع رجله ولم يتميز فعل كل واحد لزم قلع عين كل واحد وقطع يده ورجله مع أنه لم يجن الا على عضو فقط .

وأما ان تمالؤا فانه يقتص من كل بقدر الجميع تميزت أم لا .

فاذا تعدد العضو المجنى عليه بأن قلع واحد عينه وواحد قطع رجله وكانا متمالئين على قطع عينه وقطع رجله ، فانه تقلع عين كل واحد منهما ، وتقطع رجله .

واذا اتحد العضو المجنى عليه كما اذا تمالآ جماعة على قطع شخص فانه يقطع كل واحد (٣) .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج : ولو وضع جماعة أو عدد منهم .. سيفا مثلا على

---

(١) المبسوط ج ٢٦ ص ١٣٧ — ١٣٨ — ١٣٩ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٥٠ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٥٠ — ٢٥١ .

يـد انســان وتحاملوا كلهم عليــه دفعــة .. فأبانوهــا ولــو بالقــوة قطعوا ، كمــا لــو اجتمعــوا على قتــل نفس .

وانمــا اشــترط فى قطع السرقة أن يخص كلا من المشــتركين نصــاب ، لأن التوزيع ممكن ثم لاهنــا ، على أن حــق الله يتسامح فيــه أكثر[1] .

ويقــول الامام الشــافعى فأما ان قطــع هــذا يــده من أعلاها الى النصف ، وهــذا من أســفلها حتى أبانهــا ، فلا تقطع أيديهما، ويحــز من هــذا بقــدر ما حــز من يده ، ومن هذا بقدر ما حز من يده ان كان هــذا يســتطاع[2] ، فــان لم يســتطع ذلك فعلى كل منهمــا حكومة تليق بجنايته بحيث يــكون مجمــوع الحكومتين دية اليــد ، أى ان عرفت جنــاية كل منهمــا ، والا فيحتاط القاضى فى فرضــه ، بحيث لا يحصــل ظلم لأحــدهما ولا نقص لمجمــوع الحــكومتين عن الدية ، فان لــم يظهــر للقــــاضى شىء فينبغى أن يســوى بينهما فى الحكومة[3] .

ولو أوضــحه جمع بأن تحاملوا على آلة وجروها معــا أوضــح من كل واحــد منهم مثــل موضــحته لا قســطه منهــا فقط اذ ما من جــزء الا وكل منهم جــان عليــه ، فأشــبه ما لو اشــتركوا فى قطع عضــو ، فلو آل الأمــر للــدية وجب علــى كل أرش كامل ، كمــا رجحه أمــام الحرمين الجوينى ، وجــزم به فى الأنوار .

وقــال الأذرعى أنه المذهب خــلافا للبغوى والمــاوردى .

وقيــل : يوضــح قســطه من الموضــحة لامكان التجــزى بخــلاف القتــل .

ورد : بأنه لا نظــر لامــكانه مع وجــود موضحة كاملة من كل .

مذهب الحنــابلة :

اذا اشــترك جمــاعة فى موجب للقصاص فيمــا دون النفس وجب القصــاص علــى جميعهم[4] . لأثر عــلى فيمن شــــهدا على انســان بسرقة فقطعت يــده ثم رجعــا عن شــــهادتهما ــ اذ قــال : لو علمت أنكمــا تعمدتما لقطعتكمــا ، ولأنــه أحــد نوعى القصــاص فتؤخذ الجماعة بالواحــد كالأنفس ووجــوب القصــاص علــى المشــتركين فى الطرف انما يــكون اذا اشــتركوا فيــه على وجــه لا يتميز فعــل أحــدهم عن فعــل الآخر ، اما بأن يشــهدوا عليــه بمــا يوجب قطعــه فيقطع ، ثم يرجعــون عن الشــهادة أو يكرهوا انســانا على قطع طــرف فيجب قطــع المكرهين كلهم والمكــره أو يلقــــوا صخرة على طــرف انســان فيقطعــه ، أو يقطعوا يدا أو يقلعوا عينــا بضربة واحــدة ، أو يضــعوا حــديدة على مفصــل ويتحاملوا

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٨ وحاشية الشبراملسى بنفس الموضع .
(٢) الأم ج ٦ ص ٢٠ طبع الشعب .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٧٥ .
(٤) المغنى ج ٩ ص ٣٧٠ ، ٣٧٢ .

عليها جميعا ، أو يمدوها فتبين ، فان قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره ، أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشارا على مفصله ثم مده كل واحد اليه مرة مرة حتى بانت اليد ، فلا قصاص فيه ، لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك فى قطع جميعها ، وان كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده منه اقتص منه[1] .

وقيل : لا تقطع يدان بيد واحدة ويتعين ذلك وجها فى مذهب أحمد وقد رجح ابن قدامة الوجه الأول[2] .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم من أمسك آخر حتى فقئت عينه أو قطع عضوه أو ضرب .. فالحكم فى هذا هو أن يقتص من الفاقىء والكاسر والقاطع والضارب بمثل ما فعل ، ويعزر الممسك ويسجن على ما يراه الحاكم [3] .

ومن أمره غيره بقطع يد انسان آخر فالآمر بالقطع يسمى فى اللغة والشريعة قاطعا متى كان متولى القطع مطيعا للآمر منفذا لأمره ، ولولا أمره اياه لم يفعل وعندئذ فعليهما جميعا — أى الآمر والمأمور — القود .

وأما اذا أمره ففعل ذلك باختياره لاطاعة للآمر فالمباشر وحده القاطع والجانى فعليه القود وحده ولا شىء على الآمر ، لأنه لا خلاف فى أنه لا يقع عليه ههنا اسم قاطع وانما الأحكام للأسماء فقط [4] .

مذهب الزيدية :

اذا قطع جماعة يد رجل ولم يتميز فعل بعضهم من بعض بل أجروا السيف معا ونحو ذلك قطعوا جميعا كالنفس ، لأثر على فى الشاهدين بالسرقة ، فان قطع أحدهما بعض العضو ثم أبانه الآخر أو وضع أحدهما السكين من جانب ، والآخر من الجانب الآخر ، ثم أباناه ، فلا قصاص على أيهما اذ كل منهما قاطع بعضا فلا تؤخذ كل يده ببعض يد [5] .

ولو اشترك رجلان فى موضحتين ثم أزال أحدهما الحاجز فعلى المزيل نصف أرش موضحة ، وعلى الثانى موضحة كاملة[6] .

ومن جنى جائفة ثم أدخل آخر فيها سكينا فلا شىء عليه الا التعزيز ، فان وسعها ظاهرا وباطنا فجائفة أخرى ، وان وسعها فى احدهما — أى أحد الوجهين الظاهر أو الباطن — فحكومة [7] .

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٧٢ ، ٣٧٣ .
(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ٣٧٣ .
(٣) المحلى ج ١٠ ص ٤٢٧ ، ٤٢٨ .
(٤) المحلى ج ١٠ ص ٥١١ .
(٥) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٣٠ .
(٦) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٨٧ .
(٧) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

مذهب الامامية :

يقتص من الجماعة فى الأطراف كما يقتص فى النفس بلا خلاف ولا اشكال .

فلو اجتمع جماعة على قطع يد انسان أو قلع عينه فله الاقتصاص منهم جميعا بعد رد ما يفضل لكل واحد منهم عن جنايته وله الاقتصاص من واحد ويرد الباقون دية جنايتهم — نحو ما هو مقرر فى النفس — ولصحيح أبى مريم الانصارى عن أبى جعفر عليه السلام فى رجلين اجتمعا على قطع يد رجل قال : ان أحب أن يقطعهما أدى اليهما دية يد يقتسمانها ثم يقطعهما ، وان أحب أخذ منهما دية يده وان قطع يد أحدهما رد الذى لم تقطع يده على الذى قطعت يده نصف الدية . وبالجملة فلا أشكال فى اتحاد الطرف والنفس فى ذلك[1] .

واذا أوضحه موضحتين .. وجاء آخر فأوصل ما بينهما فعلى الأول ديتان وعلى الثانى دية واحدة[2] .

ولو أوضحه فهشمه فيها آخر ثم نقل[3] ثالث ثم أم رابع[4] فعلى الأول خمسة أبعرة وعلى الثانى خمسة أيضا وكذا على الثالث وعلى الرابع ثمانية عشر كمال دية المأمومة[5] .

(١) جواهر الكلام ج ٦ ص ٥٣٩ — ٥٤٠ .
(٢) متن مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٤٩٧ .
(٣) نقل بتشديد القاف المفتوحة من المنقلة بكسر القاف وهى الشجة التى تنقل العظم اى تكسره .
(٤) أم بفتح الهمزة وتشديد الميم المفتوحة من المأمومة وهى الشجة التى تصل الى ام الرأس .
(٥) مفتاح الكرامة ج ١٠ ص ٥٠٠ .

مذهب الاباضية :

ان قطع رجلان يد آخر كان له أخذ ديتها أو قطع يد أحدهما : اليمنى ان قطعت يمناه ، أو اليسرى ان قطعت يسراه ولمن قطعت يده أخذ نصف ديتها من الآخر .

وقيل : يقطع لكل يدا ، لأن كل منهما قاطع .

وقيل : له عليهما دية يده لا القطع ، لأنه ان قطع لكل يدا فقد زاد ، لأن المقطوع يد واحدة وان أراد القطع لواحدة فعلى أى منهما يسلط وقد اجتمعا عليه ؟

وقيل : له ديتها على كل منهما[6] .

وان جرحه الأول سمحاقا[7] .. وأوضح الثانى الجرح أو السمحاق .. لزم الأول أرش السمحاق ولزم الثانى ما بينهما — أى ما بين السمحاق والموضحة يعنى مافضلت به الموضحة عن السمحاق وهو بعيران وكذا غيرهما من الجراحات ، وكذا جارحون ثلاثة فصاعدا وسواء فى ذلك أتوالى النوعان من الجراحات أو حصل بينهما نوع فصاعدا مثل أن يجرحه الأول باضعة[8] والثانى سمحاقا[9] .

(٦) شرح النيل ج ٨ ص ٢١٤ ، ٢١٥ .
(٧) السمحاق الشجة التى تقف على السمحاقة وهى الجلدة المغشية للعظم .
(٨) الباضعة : الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى الا أنه لا يسيل الدم ، فان سال فهى الدامية .
(٩) شرح النيل ج ٨ ص ٥٢ .

٢ ــ الاشتراك فى جريمة السرقة

مذهب الحنفية :

اذا اشترك جماعة فى سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع كل منهم ، لأن الموجب للقطع سرقة النصاب ، ويجب القطع على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب فى حقه[1] ، وان لم يصب كل واحد منهم نصابا فلا قطع ، لأن القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد[2] .

واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت ــ عند النقب أو على الباب ــ فلا قطع عليهما ، لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروج الداخل ، والثانى لم يوجد منه هتك الحرز ، فلم تتم السرقة من كل واحد ، وسواء فى ذلك اخراج الداخل يده الى الخارج أو ادخال الخارج يده .

وعن أبى يوسف رحمه الله ان أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وأن ادخل الخارج يده فتناولها من الداخل فعليهما القطع[3] .

وقال الكمال : والوجه أن يقطع الداخل كما روى عن أبى يوسف ، لأنه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه ، وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له فى ثبوت الشبهة فى السرقة واخراج المال ــ بمعنى أن ذلك لا يورث شبهة فى السرقة ، لأنه هتك الحرز وأخرج المال بالفعل .

وما قيل : ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ــ هذا القول ــ ممنوع بل السرقة تمت بالداخل وحده ، وانما تتم بهما اذا أدخل الخارج يده فأخذها وفيه قال أبو يوسف يقطعان .

واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا ، وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمة الله ، لأن الاخراج وجد منه فتمت السرقة به .

ووجه الاستحسان أن الاخراج وان قام به وحده لكنه فى المعنى من الكل ، لتعاونهم كما فى السرقة الكبرى .

فاذا باشر بعضهم القتل والأخذ ، والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم ، اذ أن قدرة القاتل والآخذ انما هى بهم فكذا هذا ، فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع فكان مثله ، ولأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ، لأدى الى سد باب الحد[4] .

(١) الهداية مع الفتح ج ٤ ص ٢٢٥ .
(٢) الفتح ج ٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ .
(٣) الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ .
(٤) الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

واذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت ، وأخرج المتاع أن عرف بعينه وأن لم يعرف فعليهم التعزير ، ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل[١]

وان سرق رجلان ثوبا يساوى عشرة من رجل لم يقطعا ، لأن سرقة كل واحد منهما نصف النصاب وأنه عند تعدد السراق لا يصيب كل واحد منهم الا شىء يسير قل ما يرغب فيه ، ولا تقطع اليد فى الشىء التافه ..

وان كانت قيمة الثوب بحيث يبلغ نصيب كل واحد من السارقين منه عشرة دراهم فانه يقطع كل واحد منهما ، لأن التعاون مما يزيد رغبة السارق فى الاجتراء على السرقة فالحاجة الى شرع الزجر فى هذه الحالة أظهر[٢] .

واذا سرق رجلان من رجل ثوبا وأحدهما أب المسروق منه لم يقطع واحد منهما .

أما الأب فللتأول له فى مال ولده بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم — أنت ومالك لأبيك ، ولأنه قد يدخل بيته من غير استئذان عادة فلا يكون بيته حرزا فى حقه ، والسرقة فعل من السارق .

فاذا امتنع وجوب القطع على أحدهما للشبهة يمتنع وجوبه على الآخر للشركة وهو نظير ما قالوه فى الأب والأجنبى اذا اشتركا فى قتل الولد .. لم يجب القصاص على واحد منهما[٣] .

واذا شهد شاهدان على رجلين أنهما سرقا من هذا الرجل ألف درهم وأحد الرجلين غائب قطع الحاضر ، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الأخير وهو قولهما .

وفى قوله الأول لا يقطع ..

وجه قوله الأول : أن الغائب لو حضر ربما يدعى شبهة يدرأ بها القطع عن نفسه وعن الحاضر ، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وذا لا يجوز كقصاص مشترك بين حاضر وغائب لا يكون للحاضر أن يستوفيه حتى يحضر الغائب .

ووجه قوله الآخر : أن السرقة ظهرت على الحاضر بالبينة أو بالاقرار فيستوفى الامام حق الله تعالى ، وهذا لأن السراق يحضرون وقل ما يحضرون ، بل فى العادة يهربون ، وبعضهم يوجد ، وبعضهم لا يوجد ، فلولم يقطع الحاضر أدى الى سد باب هذا الحد وما من شبهة يدعيها الغائب الا والحاضر يتمكن من أن يدعى ذلك ، والشبهة التى يتوهم اعتراضها لا تمنع الاستيفاء فان جاء الغائب بعد ذلك لا يقطع بالشهادة الأولى حتى تعاد تلك البينة عليه أو غيرها

(١) شرح العناية هامش الفتح ج ٤ ص ٢٤٤ .

(٢) المبسوط ج ٩ ص ١٤٢ .

(٣) المبسوط ج ٩ ص ١٠١ .

فيقطع حينئذ ، لأن تلك البينة فى حق الغائب قامت بغير محضر من الخصم فان الحاضر لا ينتصب خصما عنه : أما لأن النيابة فى الخصومة فى الحد لا تجرى ، أو لأنه ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب ، فلهذا يشترط اعادة البينة على الغائب ليقطع(١) .

واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما : هو مالى لم يقطعا ، لأن الرجوع عامل فى حق الراجع منهما ويورث الشبهة فى حق الآخر ، ولأن السرقة ثبتت باقرارهما على الشركة فتتحد الشبهة فيهما(٢) .

مذهب المالكية :

اذا اشترك سارقان أو أكثر فى حمل مسروق واخراجه من حرزه ، فان نال كل واحد منهما نصاب من المسروق لوقسم بينهما قطعا ، سواء استطاع كل منهما وحده حمله واخراجه من الحرز أم لا وأن لم ينل كل واحد نصاب .

فان استطاع كل منهما حمله واخراجه من حرزه وحده فلا قطع .

وان لم يستطع ذلك واشتركا فى اخراجه فانهما يقطعان معا(٣) .

وكذا القطع على جماعة رفعوه على ظهر أحدهم فى الحرز ثم خرج به اذا لم يقدر على اخراجه الا برفعهم معه ، ويصيرون كأنهم حملوه على دابة فانهم يقطعون اذا تعاونوا على رفعه عليها .

وأما لو حملوه على ظهر أحدهم وهو قادر على حمله على ظهره بدونهم كما اذا كان المسروق ثوبا قطع وحده .

ولو خرج كل واحد منهم من الحرز حاملا لشىء دون الآخر وهم شركاء فيما أخرجوه لم يقطع منهم الا من أخرج ما قيمته ثلاثة دراهم(٤) .

ولا قطع على داخل فى حرز تناول النصاب منه شخص خارج الحرز – بأن مد يده لداخل الحرز فناوله الداخل .

وانما يقطع الخارج ، لأنه الذى أخرجه من حرزه .

فان لم يمد الخارج يده وانما ناوله الداخل بمد يده له خارج الحرز قطع الداخل فقط لأنه الذى أخرجه من الحرز(٥)

واذا نقب السارق الحرز فقط ولم يخرج النصاب منه فانه لا يقطع ، فلو أخرج غيره النصاب من ذلك النقب فلا قطع على ذلك الغير أيضا ، لأن النقب يصير المال فى غير حرز . وهذا اذا لم يتفقا على أن أحدهما ينقب والآخر يخرجه من الحرز ، فان اتفقا على ذلك قطع المخرج فقط على ما فى المدونة(٦) .

---

(١) المبسوط ج ٩ ص ١٧٠ .
(٢) الهداية والفتح ج ٤ ص ٢٥٨ .
(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٥ .
(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٣٥ .
(٥) الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٤٣ .
(٦) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٤٤ .

وأن التقيا بأيديهما فى المناولة وسط النقب فأخرجه الخارج بمناولة الداخل ، أو ربطه الداخل بحبل ونحوه فجذبه الخارج عن الحرز قطعا معا فى المسألتين[١] .

واذا اشترك المكلف مع صبى فى سرقة نصاب فانه يقطع المكلف فقط دون الصبى ، ومثل الصبى المجنون .

وهذا بخلاف اشتراك السارق مع أب عاقل أو أم أوجد لرب المال فلا قطع على شريكه لدخوله مع ذى شبهة قوية[٢] .

مذهب الشافعية :

لو اشترك اثنان فى اخراج نصابين من حرز قطعا ، لأن كلا منهما سرق نصابا توزيعا للمسروق عليهما بالسوية ، فاذا كان ما أخرجه أحدهما متميزا عما أخرجه الآخر قطع من مسروقه نصاب دون من مسروقه أقل[٣] .

ولو نقب واحد وأخرج غيره ولو بأمره — حيث لم يكن غير مميز أو أعجميا يعتقد وجوب الطاعة .. فلا قطع على واحد منهما اذ الأول لم يسرق ، والثانى أخذ من غير حرز .

ولو تعاونا فى النقب وانفرد أحدهما بالاخراج أو وضعه ناقب قرب النقب فأخرجه آخر .. قطع المخرج فيهما ، لأنه السارق .

ولو تعاونا فى النقب ثم أخذه أحدهما ووضعه بوسط نقبه فأخذه خارج وهو يساوى نصابين أو أكثر لم يقطعا فى الأظهر ، لأن كلا منهما لم يخرجه من تمام الحرز ، وكذا لو ناوله الداخل للخارج فيه .

وللقول الثانى يقطعان — لاشتراكهما فى النقب والاخراج[٤] .

مذهب الحنابلة :

اذا اشترك الجماعة فى سرقة قيمتها ثلاثة دراهم قطعوا ..

وقال الثورى واسحق لا قطع عليهم الا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا ، لأن كل واحد لم يسرق نصابا فلم يجب عليه القطع ، كما لو انفرد بدون النصاب

قال ابن قدامة : وهذا القول أحب الى ، لأن القطع ههنا لا نص فيه ، ولا هو فى معتبر المنصوص والمجمع عليه فلا يجب ، والاحتياط باسقاطه أولى من الاحتياط بايجابه لأنه مما يدرأ بالشبهات[٥] .

فان كان أحد الشريكين مما لا قطع عليه كأب المسروق منه قطع شريكه فى

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٤٤ .
(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٣٣٥ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .
(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٦ — ٤٣٧ .
(٥) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٥ — ٢٩٦ .

أحد الوجهين كما لو شاركه فى قطع يد ابنه .

والوجه الثانى لا يقطع وهو أصح ، لأن سرقتهما جميعا صارت علة لقطعهما ، وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع ، لأنه أخذ ما يحق له أخذه بخلاف قطع يد ابنه ، فان الفعل تمحض عدوانا ، وانما سقط القصاص لفضيلة الأب ، لا لمعنى فى فعله ، وههنا فعله قد تمكنت الشبهة منه ، فوجب أن لا يجب القطع به ، كاشتراك العامد والخاطىء .

وان أخرج كل واحد منهما نصابا وجب القطع على شريك الأب ، لأنه انفرد بما يوجب القطع .

وان أخرج الأب نصابا وشريكه دون النصاب ففيه الوجهان المتقدمان .

وان اعترف اثنان بسرقة نصاب ، ثم رجع أحدهما فقيل : يقطع الآخر .

وقيل : لا قطع عليهما ، لأن السبب السرقة منهما ، وقد اختل أحد جزأيها برجوع أحدهما .

وكذلك لو أقر بمشاركة آخر فى سرقة نصاب ، ولم يقر الآخر ففى القطع وجهان [1] .

وعن أحمد أنه قال فى رجلين دخلا دارا : أحدهما فى سفلها جمع المتاع وشده بحبل ، والآخر فى علوها مد الحبل فرمى به وراء الدار فالقطع عليهما لأنهما اشتركا فى اخراجه .

وان دخلا جميعا فأخرج احدهما المتاع وحده فالقطع عليهما .

وان أخرج أحدهما دون النصاب والآخر نصابا أو أكثر من نصاب وجب القطع عليهما [2] .

وان نقبا حرزا ودخل أحدهما فقرب المتاع من النقب وأدخل الخارج يده فأخرجه فقياس مذهب أحمد أن القطع عليهما ، لأنهما اشتركا فى هتك الحرز واخراج المتاع فلزمهما القطع كما لو حملاه معا فأخرجاه .

وان وضعه فى النقب فمد الآخر يده فأخذه فالقطع عليهما أيضا .

وان نقب أحدهما وحده ودخل الآخر وحده فأخرج المتاع فلا قطع على واحد منهما ، لأن الأول لم يسرق والثانى لم يهتك الحرز وانما سرق من حرز هتكه غيره فأشبه ما لو نقب وانصرف وجاء آخر فصادف الحرز مهتوكا فسرق منه .

وان نقب رجل وأمر غيره فأخرج المتاع فلا قطع أيضا على واحد منهما وان كان المأمور صبيا مميزا ، لأن المميز له اختيار ، فلا يكون آلة للآمر كما لو أمره بقتل

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ .

انسان فقتله ، وان كان غير مميز وجب القطع على الآمر لأنه آلته [١] .

وان اشترك رجلان فى النقب ودخل أحدهما فأخرج المتاع وحده أو أخذه وناوله للآخر خارجا من الحرز أو رمى به الى خارج الحرز فأخذه الآخر فالقطع على الداخل وحده ، لأنه مخرج المتاع وحده مع المشاركة فى النقب .. ولأن المسروق خرج من الحرز ويده عليه فوجب عليه القطع كما لو خرج به [٢] .

مذهب الزيدية :

اذا اشترك جماعة فى سرقة فانهم يقطعون سواء سرقوا من واحد أو سرقوا من جماعة ، لأن كلا منهم سارق لها كجماعة قتلوا رجلا عمدا .

أما اذا أخذ كل واحد دون العشرة (النصاب) بأن أخرج هذا المقدار من الحرز مستقلا عن الآخرين فلا قطع .

وذلك بخلاف ما اذا جذبوها معا فانهم يقطعون اذ لم يجذب كل واحد بعضها بل انما جذب الكل .

ولو دفعه الداخل – أى دفع الشىء المسروق – حتى أخرجه وحمله الخارج قطع الداخل اذ هو الهاتك – اذ القطع شرع للهتك وقد حصل من الداخل .

ولكن لو خرج الشىء المسروق بدفع الداخل وجذب الخارج قطعا معا اذ كل منهما هاتك .

ولو حمل من داخل الحرز صبيا أو مجنونا أو بهيمة خرجت بغير سوقه أو توجيهه فلا قطع اذ الهاتك غيره [٣] .

واذا اشترك جماعة فى نقب حرز فدخلوا وأخرج كل منهم مالا تفرد به قطع من أخرج نصابا لا دونه كما لو انفرد بالنقب وكذا لو أخرج بعضهم لم يحد البعض الآخر .

ولو حمل أعمى مقعدا فدله حتى أخذ الشىء المسروق وأخرجه من الحرز فالقطع على الأعمى .

وقيل عليهما اذ لم يخرج الا بفعلهما [٤]

واذا أقر رجلان بالسرقة ثم ادعى أحدهما أنه ماله سقط عنه الحد برجوعه عن الاقرار .. ويحد الذى لم يرجع [٥] .

مذهب الامامية :

اذا اشترك اثنان فى سرقة فلا يخلو الحال من أمرين الأمر الأول : أن يكون كل واحد منهما قد أخرج نصف نصاب على حدته ، ولا خلاف حينئذ فى أنه لا قطع على أى واحد منهما .

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٨ ، ٢٩٩ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٩ .

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ١٧٧ .
(٤) المرجع السابق ج ٥ ص ١٨٠ ، ١٨١ .
(٥) المرجع السابق ج ٥ ص ١٨٥ .

الأمر الثـــانى : أن يكون الاثنان قـــد سرقا نصـــابا ــ بأن أخرجاه معـــا بوضـــع أيديهما عليـــه ، وهذا محـــل خـــلاف اذ فى وجـــوب القطـــع بنـــاء عليـــه قولان •

المختـــــار فى النهـــاية منهمـــا أنـــه يجب القطـــع لصـــدق ســـــرقة النصــــــاب على مجموعهما •• فقـــد روى الأصـــحاب أنه اذا بلغت السرقة نصابا وأخرجوها بأجمعهم وجب عليهم القطـــع ولم يفصـــلوا •

بل فىالصـــحيح قضى أمير المؤمنين عليـــه الســـلام فى نفـــر نحروا بعـــيرا فأكلوه ، وشـــهدوا على أنفسهم أنهم نحروه جميعـــا لم يخصوا أحـــدا دون أحـــد ، فقضى عليـــه الســـلام أن تقطـــع أيمانهم ، ولم يستفصل عن بلوغ نصيب كل منهم نصـــابا •

وقـــال فى الخـــلاف ، وهـــو محـــكى عن المبســـوط اذا نقب ثلاثة فبلغ نصيب كل واحد نصـــــابا قطعـــوا وان كان دون ذلك فـــلا قطـــع •

فان نقبـــا معـــا فدخـــل أحـــدهما فأخـــذ نصـــابا فأخرجه بيـــده الى رفيقـــه وأخـــذه رفيقـــه ولـــم يخـــرج هو من الحـــرز كان القطـــع على الداخـــل دون الخـــارج •

وهكذا اذا رمى به مـــن داخـــل الحـــرز فأخـــذه رفيـــقه من خـــارج •

وكذلك لـــو أخـــرج يده الى خـــارج الحرز فالقطـــع فى هـــذه المســـــائل الثـــلاث على الداخـــل دون الخـــارج •

وقال قوم : لاقطع على واحـــد منهما • والأول أصـــح •

ولـــو هتـــك الحـــرز جمـــاعة فأخـــرج المـــال من الحـــرز أحـــدهم فالقطـــع عليـــه خاصـــة بلا خـــــلاف أحـــد فيـــه بينهم ، لانفراده بالموجب الذى هـــو اخـــراج المـــال من الحـــرز بعـــد هتكه ولو بالاشـــتراك مع غيره على الســـوية أو مع التفـــاوت فهـــو الســـارق وحـــده دون شركائه بالهتك •

ولـــو قـــربه أحـــدهم مـــن النقب مثـــلا وأخرجه الآخـــر فالقطـــع على المخـــرج لـــه من الحـــرز لذلك أيضـــا ضرورة كون عـــدم صـــدق السرقة على الأول بالتقريب اذ هـــو كرفع المـــال فى الحـــرز مـــن مكان الى مكان آخـــر •• وكذا لـــو وضـــعها الداخـــل فى وســـط النقب وأخرجها الخارج [1] ••

مذهب الاباضـــية :

ان سرق جمـــاعة نصـــابا فانهم يقطعـــون ولو لـــم يـــكن فى نصـــيب كل واحـــد منهم نصـــابا [2] •

ثانيا ــ الاشتراك فى المعاملات المالية :

هـــذا النوع من الاشـــتراك يطلق عليـــه الفقهـــاء (اصـــطلاح شركة) وهى نوعان : شركة الملك وشركة العقـــد •

---

(١) جواهر الكلام ج ٦ ص ٥٠٧ وما بعدها .
(٢) شرح النيل ج ٧ ص ٦٥١ .

فشركة الملك أن يشترك رجلان فى ملك مال وذلك نوعان •

ثابت بغير فعلهما ، كالميراث •

وثابت بفعلهما ، وذلك بقبول الشراء ، أو الصدقة ، أو الوصية •

والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركا بينهما بقدر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الأجنبى فى التصرف فى نصيب صاحبه (انظر مصطلح شركة) •

وأما شركة العقد فهى الشركة الناشئة عن تعاقد بين شخصين أو أكثر •

وهى اما شركة أموال ، أو شركة وجوه ، أو شركة صنائع •

وكل منهما اما مفاوضة أو عنان •

فالأقسام ستة •

وتفصيل القول فى أحكام الشركات وأقسامها ومذاهب الفقهاء فيها يرجع اليه فى مصطلح (شركة) •

ثالثا — الاشتراك فى الحقوق :

تكلم علماء الشريعة عن هذا النوع من الاشتراك فى مواطن مختلفة •

فعلماء الأصول قسموا الحقوق الى ثلاثة أقسام •

حق الله •

وحق العبد •

والحق المشترك بين الله والعبد •

ومثلوا لهذا النوع الأخير بالقصاص فقالوا : أنه حق مشترك بين الله وبين العبد ولكن حق العبد فيه غالب(١) •

ثم ان الفقهاء نظروا الى أن الاشتراك قد يتعلق بحق القصاص من زاوية أخرى : هى أنه اذا تعدد أولياء المقتول كان حق القصاص مشتركا بينهم فلهم استيفاء هذا الحق ، ولهم العفو عن الجانى ، فاذا عفا أحد الشركاء سقط القصاص — عند جمهور الفقهاء — لأنه حق مشترك بينهم لا يتبعض ، فاذا أسقط بعض الشركاء حقه سرى ذلك الى الباقى كالعتق (٢) •

وتفصيل ذلك يرجع اليه فى موضعه (انظر مصطلح قصاص) •

رابعا — الاشتراك فى دلالة الألفاظ :

يتحقق الاشتراك فى دلالة الألفاظ فى نوعين مما يسمى — فى لسان الشرعيين — بالمشترك :

أحدهما : المشترك اللفظى ، وهو : ما تعدد وضعه ، وتعدد معناه بحسب وضعه كلفظى العين والقرء ومنه الألفاظ التى تدل على الضدين •

ثانيهما : المشترك المعنوى ، وهو ما وضع لحقيقة كلية تتحقق فى أفراد متعددة كالحيوان ، والسواد ، والبياض • وفى بيان ذلك كله ، وتفصيل دلالته وأحكامها — يرجع الى مصطلح (دلالة — مشترك) •

---

(١) الفروق ج ١ ص ١٤٠ — ١٤١ طبعة سنة ١٣٤٤ هـ •

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٦٤ ، ٤٦٥ •

إِشْرَاكٌ

المعنى اللغـــوى :

كلمة اشراك مصـــدر فعـــله أشرك المزيد بالهمـــزة ، فأصـــل مادته شرك والهمـــزة زيدت على الأصـــل ، لتفيـــد الاتخـــاذ أو الجعـــل .

فقـــد جـــاء فى لسان العـــرب[1] : أشرك بالله جعـــل له شريكا فى ملـــكه ، تعـــالى الله عن ذلك .

والاســـم الشرك قال الله تعـــالى حكاية عن عبـــده لقمـــان أنه قال لابنــــه « يا بنى لا تشرك بالله ان الشرك لظلم عظيم » [2] .

والشرك أن يجعـــل لله شريكا فى ربوبيته تعـــالى الله عن الشركاء والأنداد .

وانمـــا دخلت التـــاء فى قوله لا تشرك بالله لأن معنـــاه لا تعـــدل به غـــيره فتجعـــله شريكا له .

وكذلك قـــوله تعـــالى « وأن تشركوا بالله مـــالم[3] ينزل به ســـلطانا » لأن معنـــاه عـــدلوا به .

ومن عـــدل به شـــيئا من خلقـــه فهـــو كافـــر مشرك لأن الله وحـــــده لا شريك له ولاند له ولا نديد .

وقال أبو العبـــاس فى قوله تعـــالى : والذين هم به مشركون[4] .

معنـــاه الذين هم صاروا مشركين بطاعتهم للشـــيطان .

وليس المعنى أنهم آمنـــوا بالله وأشركوا بالشـــيطان ولكن عبـــدوا الله وعبـــدوا معه الشـــيطان فصـــاروا بذلك مشركين ، ليس أنهم أشركوا بالشـــيطان وآمنـــوا بالله وحده رواه عنـــه أبو عمر الزاهد .

قال : وعرضـــه على المبرد فقـــال متلئب صـــحيح « مستقيم » وقال الجـــوهرى :

---

(١) انظر لســـان العرب للامام العلامة ابن منظور أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقى المصرى ج ٤٢ ص ٤٤٩ ، ص ٤٥٠ مادة شرك طبع دار صـــادر دار بيروت ســـنة ١٣٧٢ هـ ، سنة ١٩٥٥م وترتيب القاموس المحيط على طريقـــة المصـــباح المنير لطـــاهر الزاوى الطرابلسى مادة شرك ج ٢ ص ٦٤٨ الطبعـــة الأولى مطبعة الرسالة بمصر سنة ١٩٥٩ الطبعة الأولى .

(٢) الآية رقم ١٣ من سورة لقمان .

(٣) الآية رقم ٣٣ من سورة الاعراف .

(٤) الآية رقم ١٠٠ من سورة النحل .

الشرك الكفر وقد أشرك فلان بالله فهـــو مشرك ومشركى مثـل دوودوى وسك وسكى وقعسر وقعسرى بمعنى واحد •

قال الراجز ــ ومشركى كافر بالفـرق ــ أى بالفـرقان •

وقـد روى عن رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم أنه قال : الشرك أخفى فى أمتى من دبيب النمـل •

قال ابن الأثير يريد به الرياء فى العمـل فكأنه أشرك فى عمله غير الله •

ومنـه قوله تعـالى « ولا يشرك بعبادة ربه احـدا (١) » •

وفى الحديث قال رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم « من حلف بغـير الله فقـد أشرك ، حيث جعـل مالا يحـلف به محلوفا به كاسـم الله الذى يكون به القسم •

وجـاء فى الحديث عن رسـول الله صـلى الله عليه وسلم أنه قال : « الطيرة شرك ولكن الله يذهبـه بالتوكل » جعـل التطـير شركا به فى اعتقـاد جلب النفـع ودفع الضرر ، وليس الكفر بالله لأنه لو كان كفرا لمـا ذهب بالتـوكل •

(١) الآية رقم ١١٠ من سورة الكهف .

وفى حـديث تلبيـة الجاهلية لبيك لا شريك لك الا شريك هو لك تملكه وما ملك » يعنون بالشريك الصـنم ، يريدون ان الصـنم وما يمـلكه ويختص به من الآلات التى تكون عنده وحـوله والنـذور التى كانوا يتقـربون بها اليـه كلهـا ملك لله عـز وجـل ، فذلك معنى قوله تملكه وما ملك •

قال محمد بن المكرم : اللهم انا نسـألك صـحة التوحيـد والاخـلاص فى الايمان ، أنظـر الى هـؤلاء لم ينفعهم طـوافهم ولا تلبيتهم ولا قولهم عن الصنم هـو لك ، ولا قـولهم تمـلكه وما ملك مـع تسميتهم الصـنم شريكا بل حبط عملهم بهذه التسمية ولم يصـح لهم التوحيـد مع الاسـتثناء ولا نفعتهم معذرتهم بقولهم « الا ليقـربونا الى الله زلفى (٢) » وقـوله تعـالى على لسـان موسى عليـه السـلام « وأشركه فى أمرى »(٣) أى اجعله شريكى فيه •

ويقـال فى المصـاهرة : رغبنـا فى شرككم وصـهركم أى مشـاركتكم فى النسب •

قال الأزهـرى وسـمعت بعض العـرب يقـول : فلان شريك فلان اذا كان متزوجـا بابنتـه أو بأختـه وهـو الذى تسـميه الناس الختن •

(٢) الآية رقم ٣ من سورة الزمر .
(٣) الآية رقم ٣٢ من سورة طه

قال : وامرأة الرجل شريكته وهى جارته وزوجها جارها وهذا يدل على أن الشريك جار ، وأنه أقرب الجيران •

وقد شركه معه فيه وأشرك فلان فلانا فى البيع اذا أدخله مع نفسه فيه •
واشترك الأمر التبس •

المعنى الاصطلاحى :

لا يكاد الفقهاء فى استعمالهم لكلمة « أشرك » يخرجون على المعنى اللغوى المتقدم ومن ثم استعملوها فى مجالين •

أما أحدهما فهو مجال العقيدة وجعلوها تارة مرادفة للكفر ، وتارة بمعنى البعد عن التوكل على الله والخروج من دائرة الايمان الخالص ، وذلك نحو قوله صلى الله عليه وسلم « الطيرة شرك ولكن الله يذهبه بالتوكل » •

وقد تناول الفقهاء الاشراك فى هذا الميدان بشتى مقاصده تناولا شاملا ، فبينوا ما به يكون وحكم من يشرك بالله فى مختلف أبواب الفقه •

والبحث فى اشراك من هذه الزاوية محال الى مصطلح « شرك » فنترك بيانه الى حيث أحيل •

وأما ثانى المجالين فهو مجال الحياة العامة •

وذلك أن اشراك تعنى أن شخصا اتخذ له شريكا فى عمل يقوم به على نحو قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام المتقدم « وأشركه فى أمرى » •

وقد استعمل اشراك بهذا المعنى فى تقديم الهدى والأضحية على اختلاف فى حكم ذلك بين أئمة المذاهب ، كما استعمل فى البيع وغيره كذلك •

أولا : الاشراك فى الأضحية والهدى

مذهب الحنفية :

ذكر صاحب البدائع[1] : أن الشاة والمعز فى الأضحية لا تجوز الا عن واحد •

ولا تجزى بقرة واحدة ولا بعير واحد عن أكثر من سبعة •

ويجوز ذلك عن سبعة أو أقل من ذلك •

وهذا قول عامة العلماء لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : البدنة تجزىء عن سبعة والبقرة عن سبعة وهذا من غير فصل بين أهل

---

(١) كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ج ٥ ص ٧٠ طبع مطبعة شركة المطبوعات العلمية بمصر الطبعة الاولى سنة ١٣٢٧ هـ .

بيت أو بيتين ، ولأن القيـاس يأبى جوازها عن أكثر من واحـد ، لمـا ذكرنا من أن القربة فى الذبح وأنه فعـل واحـد لا يتجـزأ ، لكنـا تركنا القيـاس بالخبر المقتضى للجواز عن سـبعة مطلقـا فيعمـل بالقياس فيمـا وراءه ، لأن البقـرة بمنزلة سـبع شياة ، ثم جـازت التضـحية بسـبع شـياة عن سـبعة سـواء كانوا من أهـل بيت أو بيتين فكذا البقـرة (١) .

فلو اشـترى رجـل بقـرة يريد أن يضـحى بهـا ، ثم أشرك فيهـا غيره بعـد ذلك ، قال هشـام : سـألت أبا يوسـف فأخبرنى : أن أبا حنيفـة رحمـه الله تعالى قال : أكره ذلك ويجـزيهم أن يذبحـوها عنهم .

قال : وكذلك قول أبى يوسف قـال : قلت لأبى يوسف : ومن نيتـه أن يشرك فيهـا ، قال لا أحفظ عن أبى حنيفـة رحمـه الله تعـالى فيهـا شيئا ، ولـكن لا أرى بذلك بأسـا .

وقال فى الأصـل ، قال : أرأيت فى رجـل اشـترى بقـرة يريد أن يضـحى بهـا عن نفسـه ، فأشرك فيهـا بعـد ذلك ، ولم يشركهم حتى اشتراها ، فأتاه انسـان بعـد ذلك فأشركه حتى اسـتكمل ، يعنى أنه صار سـابعهم هل يجـزى عنهم ؟ قال : نعم استحسن ، وان فعـل ذلك قبـل أن يشتريها كان أحسـن .

وهذا محمـول على الغنى اذا اشـترى بقـرة لأضحيته ، لأنهـا لم تتعين لوجوب التضـحية بهـا ، وانمـا يقيمهـا عنـد الذبح مقـام ما يجب عليـه أو واجب عليـه فيخـرج عن عهـدة الواجب بالفعـل فيمـا يقيمـه فيـه ، فيجـوز اشتراكهم فيهـا وذبحهم الا أنه يكره ، ولأنه لمـا اشتراها ليضـحى بهـا فقد وعد وعـدا ، فيكره أن يخلف الوعـد .

فأما اذا كان فقـيرا فلا يجـوز له أن يشرك فيهـا ، لأنه أوجبهـا على نفسـه بالشراء للأضـحية فتعينت للوجوب فلا يسقط عنـه ما أوجبه على نفسه .

وقـد قالوا فى مسـألة الغنى : اذا أشرك بعـد ما اشـتراها للأضـحية أنه ينبغى أن يتصـدق بالثمن ، وان لم يذكر ذلك محمد رحمـه الله تعـالى ، لمـا روى أن رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم « دفـع الى حكيم بن حـزام دينـارا وأمره أن يشترى له أضـحية ، فاشترى شـاة فباعها بدينارين ، واشـترى بأحدهمـا شـاة ، وجـاء الى النبى صـلى الله عليـه وسـلم بشـاة ودينار وأخبره بما صـنع ، فقـال له النبى صـلى الله عليه وسـلم : بارك الله فى صفقة يمينـك ، وأمره النبى صـلى الله عليـه وسـلم أن يضـحى بالشـاة ويتصـدق

---

(١) المرجع السابق ج ٥ ص ٧٢ الطبعـة السابقة .

بالدينـــار ، لمـــا أنه قصـد اخـــراجه للأضـحية .

وقال ابن عابدين [١] يصح اشتراك ستة فى الهدى ، لأن ذلك جائز فى الضحايا فيجوز هنا .

قال فى الفتح عن الأصل والمبسوط فان اشترى بدنة لمتعة مثلا ثم اشترك فيها ستة بعد ما أوجبها لنفسه خاصة لا يسعه ، لأنه لما أوجبها صار الكل واجبا بعضها بايجاب الشرع وبعضها بايجابه ، فان فعل فعليه أن يتصدق بالثمن .

وان نوى أن يشرك فيها ستة أجزأته لأنه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء .

فان لم يكن له نية عند الشراء ، ولكن لم يوجبها حتى أشرك الستة جاز .

والأفضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقين حتى تثبت الشركة فى الابتداء .

واذا عرفت ذلك فالصور ستة ، لأنه اما أن يشترى البدنة لنفسه خاصة ، أو أن يشتريها بلانية ثم يعينها لنفسه ، أو أن يشتريها بلا نية ولم يعينها لنفسه ، أو يشتريها بنية الشركة ، أو يشتريها مع ستة ، أو يشتريها وحده بأمرهم .

لكن ينبغى أن يكون هذا التفصيل محمولا على الفقير ، لأن الغنى لا تجب عليه بالشراء بدليل ما ذكره فى أضحية البدائع على الأصل : من أنه لو اشترى بقرة ليضحى بها عن نفسه فأشرك فيها غيره يجزئهم ، والأحسن فعل ذلك قبل الشراء ، قال : وهذا يعنى قوله ويجزئهم محمول على الغنى ، لأنها لم تتعين .

أما الفقير فلا يجوز أن يشرك فيها لأنه أوجبها على نفسه بالشراء للأضحية فتعينت .

قال ابن عابدين : لكن سوى فى الخانية فى مسألة الأضحية بين الغنى والفقير .

مذهب المالكية :

جاء فى شرح الحطاب [٢] : أنه يصح الشرك فى الأجر فى الأضحية ، وان كان فى أكثر من سبعة ان سكن معه وقرب له وأنفق عليه وان تبرعا .

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٢ ، ص ٣٤٣ الطبعة الثالثة طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣٢٥ هـ .

(٢) كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر ابى الضياء سيدى خليل للحطاب وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل لأبى عبد الله بن يوسف الشهير بالمواق ج ٣ ص ٢٤٠ وما بعدها طبع مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٨ هـ .

قال فى المدونة : وان ضحى بشاة أو بعير أو بقرة عنه وعن أهل بيته أجزأهم وان كانوا أكثر من سبعة أنفس ، وأحب الى ان قدر أن يذبح عن كل نفس شاة ، واستحب مالك حديث ابن عمر لمن قدر دون حديث أبى أيوب الأنصارى .

قال عبد الحق : حديث ابن عمر أنه كان لا يضحى عمن فى البطن وأما ما كان فى غير البطن فيضحى عن كل نفس شاة .

وحديث أبى أيوب كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس فصارت مباهاة .

وقال فى المدونة : أنه لو اشترى شخص أضحيته عن نفسه ، ثم نوى أن يشرك فيها أهل بيته جاز ذلك بخلاف الهدى .

قال فى التوضيح فى شرح قول ابن الحاجب لا يشترك فيها ، لكن للمضحى أن يشرك فى الأجر من فى نفقته من أقاربه .

قال الباجى : فأباح ذلك بثلاثة أسباب القرابة والمساكنة والانفاق .

وقال فى التوضيح : قال ابن حبيب : يلزم الانسان أن يضحى عمن تلزمه نفقته من ولد ووالد وفى العتبية أن ذلك غير لازم .

ونص فى المدونة على أنه لا يلزمه أن يضحى عن الزوجة .

قال محمد عن مالك رحمهما الله تعالى وله أن يدخلها .

قال ابن حبيب فان لم يفعل فذلك عليها .

وذكر ابن عرفة عن ابن رشد أنه نقل عن ابن دينار أنها تجب على الرجل عن زوجته .

وظاهر كلام ابن رشد فى نوازل سحنون أنه لا خلاف فى أنها لا تجب على الرجل عن زوجته ، وانما له ذلك وأنه ان لم يدخلها فى أضحيته كان عليها أن تضحى عن نفسها .

ونصه فى كتاب الأضحية من نوازل سحنون : أنه ليس على الرجل أن يضحى عن زوجته وانما هى سنة لا ينبغى له تركها ، فان أدخل زوجته فى أضحيته أجزأها ، والا كان عليها أن تضحى عن نفسها .

قال الشيخ بهرام : لما تكلم على الشرط الثانى وهو أن يكون من أقاربه وعليه فلا تدخل الزوجة ولا أم الولد ، ولا من فيه بقية رق وهو خلاف ما حكاه ابن المواز عن مالك .

وقال ابن عرفة روى عياض أن للزوجة وأم الولد حكم القريب .

قال ابن حبيب والرق كأم الولد فى صحة ادخالها .

قال اللخمى والباجى وتسقط عن المدخول بها ولو كان مليا •

وقال المازرى فى شرح التلقين : واذا أشرك زوجته فى الدم المراق جاز ولا يخرج هذا ما اشترطناه فى الشروط الثلاثة من مراعاة القرابة فان الزوجة وان لم تكن من القرابة فان هناك من المودة والرحمة ما جعله الله سبحانه وتعالى يقوم مقام القرابة ، بخلاف الأجير المستأجر بطعامه ، فانه لا شبهة له بالقرابة فلم يجز ادخاله فى الأضحية •

قال خليل فى التوضيح قال ابن حبيب وله أن يدخل فى أضحيته من بلغ من ولده وان كان غنيا وأخاه وابن أخيه وابن أخته وقريبه اذا كانوا فى نفقته وبيته ، وكذلك الجد والجدة اذا كانا فى نفقته وبيته ، وهذا داخل تحت قوله وان تبرعا •

قال فى التوضيح : ولا يدخل يتيمة فى أضحيته ولا يشرك بين يتيمين وان كانا أخوين ومن له أن يدخلهم معه فى أضحيته •

فقد جاء فى التوضيح قال الباجى عندى أنه يصح له التشريك وان لم يعلمهم بذلك ، ولذلك يدخل فيها صغار ولده وهم لا يصح منهم قصد القربة •

قال ابن عرفة والباجى والمازرى ولحمها باق على ملك ربها دون من أدخله منهم معه فيها يعطى من شاء منهم ما يريد وليس لهم منعه من صدقة جميعها •

وجاء فى التاج[1] والاكليل : أن مالكا رحمه الله تعالى قال : وان اشترى رجل أضحيته بمال نفسه وذبحها عن نفسه وعن أهل بيته فجائز •

قال ابن يونس لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ، ولأن ذلك ليس بشركة فى ملك اللحم ، وانما هى شركة فى الثواب والبركة •

وجاء فى الدسوقى[2] : وذلك بخلاف الهدى فانه لا يجوز الاشراك فيه ، والفرق بينهما أن الهدى قد خرج عن ملك ربه ولم يبق له فيه تصرف حتى بالاشتراك فى الأجر بخلاف ما ذكر فى الأضحية •

مذهب الشافعية :

جاء فى مغنى المحتاج[3] : أن الشاة

---

(١) التاج والاكليل لأبى عبد الله بن يوسف الشهير بالمواق ج ٣ ص ٢٣٩ ، ص ٢٤٠ وما بعدها الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير وبهامشه الشرح الكبير وتقريرات الشيخ محمد عليش ج ٢ ص ٩٢ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

(٣) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للامام الشيخ محمد الشربينى الخطيب وبهامشه متن المنهاج للنووى ج ٤ ص ٢٩١ طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ .

المعينة تجزىء عن واحد فان ذبحها عنه وعن أهله أو عنه وأشرك غيره فى ثوابها جاز ، وعليهما حمل خبر مسلم أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين ، وقال : اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد وهى فى الأولى سنة كفاية •

قال فى المجموع : ومما يستدل به الخبر الصحيح فى الموطأ ان أبا أيوب الأنصارى قال : كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة ، ولكن الثواب فيما ذكر للمضحى خاصة ، لأنه الفاعل كما فى القائم بفرض الكفاية •

وجاء فى نهاية المحتاج[1] : التضحية سنة مؤكدة فى حقنا على الكفاية ولو بمنى ان تعدد أهل البيت والا فسنة عين • ومعنى كونها سنة كفاية مع كونها تسن لكل منهم سقوط الطلب بفعل الغير لا حصول الثواب لمن لا يفعل كصلاة الجنازة •

نعم ذكر النووى فى شرح مسلم أنه لو أشرك غيره فى ثوابها كأن يقول : أشركتك أو فلانا فى ثوابها جاز وأنه مذهبنا •

والظاهر جواز ذلك ولو بعد نية التضحية لنفسه •

والأصل فى ذلك أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بمنى عن نسائه بالبقر رواه الشيخان فلا تجب بأصل الشرع ، لما روى البيهقى وغيره باسناد حسن •

أن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان مخافة أن يرى الناس ذلك واجبا •

مذهب الحنابلة :

قال صاحب المغنى[2] : يتعين الهدى بقوله هذا هدى أو تقليده أو اشعاره مع النية والأضحية بقوله هذه أضحية ، ولو نوى حال الشراء لم تتعين بذلك •

ثم قال : اذا تعينت لم يجز بيعها ولا هبتها •

وقال القاضى : يجوز أن يبيعها ويشترى خيرا منها نص عليه أحمد ، وهو قول عطاء ومجاهد وأبى حنيفة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ساق فى حجته مائة بدنة وقدم على من اليمن فأشركه فى بدنه رواه مسلم ، والاشتراك

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشبراملسى وبهامشه المغربى ج ٨ ص ١٢٣ ، ص ١٢٤ وما بعدها طبع شركة مكتبة مصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) المغنى للامام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامه على مختصر الامام ابى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى ويليه الشرح الكبير على متن المقنع للامام الشيخ شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسى ج ٣ ص ٥٥٩ ، ص ٥٦٠ ، ص ٥٦١ ، ص ٥٦٢ ، ص ٥٦٣ طبع مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ الطبعة الأولى .

نوع من البيع أو الهبة ، ولأنه يجوز ابدالها بخير منها ، والابدال نوع من البيع .

والدليل على صحة قولنا أنه قد تعين ذبحها فلم يجز بيعها كالوقف ، وانما جاز ابدالها بجنسها ، لأنه لم يزل الحق فيها عن جنسها ، وانما انتقل الى خير منها ، فكان فى المعنى ضم زيادة اليها ، وقد جاز ابدال المصحف ولم يجز بيعه .

وأما الحديث فيحتمل أنه أشرك عليا فيها قبل ايجابها ، ويحتمل أن اشراكه فيها ، بمعنى أن عليا جاء ببدن فاشتركا فى الجميع فكان بمعنى الابدال لا بمعنى البيع ويجوز أن تكون الشركة فى ثوابها وأجرها .

فأما ابدالها بخير منها فقد نص أحمد على جوازه وهو اختيار الخرقى ، وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وأبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن .

واختار أبو الخطاب أنه لا يجوز ، لأن أحمد نص فى الهدى اذا عطب أنه يجزىء عنه ، وفى الأضحية اذا هلكت وذبحها فسرقت لا بدل عليه ولو كان ملكه ما زال عنها لزمه بدلها فى هذه المسائل ولما ذكرنا فى عدم جواز بيعها ، وهذا مذهب أبى يوسف والشافعى وأبى ثور ، ولأنه زال ملكه عنها لله تعالى فلم يجز ابدالها كالوقف .

ولنا ما ذكرنا من حديث على رضى الله عنه وقد تأولناه على معنى الابدال ، ويتعين حمله عليه لاتفاقنا على تحريم بيعها وهبتها ، ولأنه عدل عن العين الى خير منها من جنسها فجاز ، كما لو أخرج عن بنت لبون حقة فى الزكاة ، ولأن النذور محمولة على أصولها فى الفروض وفى الفروض يجوز اخراج البدل فى الزكاة فكذلك فى النذور .

مذهب الظاهرية :

يرى ابن حزم الظاهرى (١) : أنه جائز للمضحى أن يشرك غيره معه فى الأضحية ، سواء كان من أهل بيته أو كان أجنبيا محتجا فى ذلك بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد أشرك عليه الصلاة والسلام فى أضحيته جميع أمته .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح (٢) الأزهار وهامشه : أن الانسان لو ضحى عنه وعن ولديه وهما صغيران ، فقيل : تجزىء مشاركته لهم .

وقيل : لا تجزىء .

ولكن الأولى أنها لا تجزىء .

---

(١) المحلى للامام أبى محمد على بن سعيد ابن حزم الظاهرى ج٧ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ مسألة رقم ٩٨٤ طبع مطبعة ادارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥١ هـ الطبعة الأولى .

(٢) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الأئمة الأطهار معحواشيه للعلامة أبوالحسين عبد الله بن مفتاح ج ٤ ص ٨٥ الطبعة الثالثة طبع مطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .

وجاء فى التاج[1] المذهب : أنه لو ضحى بشاة عنه وعن ولديه الصغيرين لم تجز مشاركته لهما فان ضحى عنه وعن أولاده المكلفين فلا يشترط أن يملكهم القدر المجزى بل يجزى بمجرد الاذن مطلقا •

وجاء فى البحر الزخار [2] : أنه يجوز للمتطوع بالهدى كل تصرف قبل الذبح اذ لا يخرج عن ملكه بمجرد النية كالعتق •

قلت : وفيه نظر •

قال البعض : فأما الواجب فلا يفوته (يتصرف فيه) الا لخشية عطبه قبل محله فيجوز اذ ملكه باق ، وان أوجبه لصرفه صلى الله عليه وسلم هديه فى الحديبية الى الاحصار ، ولاشراكه عليا عليه السلام فى هديه بعد سوقه •

قال البعض : بل قد خرج عن ملكه فلا تصرف له فيه لمنعه صلى الله عليه وسلم عمر عن بيع البختى الذى أثمن فيه وقد أراد بيعه ليعوض أفضل منه •

قلنا : ذلك لعدم الضرورة •

قلت : الحق فى تحقيق المذهب أنه قد زال الملك الخاص بالنية مع السوق فى الفرض والنفل بدليل منعه صلى الله عليه وسلم الانتفاع بها لغير ضرورة فى قوله « اذا ألجئت » ولمنعه عمر من البيع وبقى له ملك كملك المدبر يبيح التصرف على وجه لا يبطل به حق تصرفها بدليل صرفه صلى الله عليه وسلم هدى العمرة الى الاحصار ، ولاشراكه عليا عليه السلام ، وعلى ذلك يجوز البيع لابدال مثل أو أفضل لفرض كما ذكره بعض أصحابنا اذ هو تصرف لم يبطل به حق المصرف ، وخبر عمر حكاية فعل لا يعلم وجهها ، ويحتمل أنه رأى بختية أفضل •

مذهب الامامية :

يرى الشيعة الامامية[3] : أنه يجوز الاشراك فى الهدى ، بدليل فعل الرسول صلى الله عليه وسلم مع على •

فقد جاء فى الوسائل : أن عليا عليه السلام لما قدم من اليمن على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة فدخل على فاطمة وهى قد أحلت فوجد ريحا طيبة ووجد عليها ثيابا مصبوغة ، فقال : ما هذا يا فاطمة ؟ فقالت : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج على عليه السلام الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار للقاضى العلامة احمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٤٦٤ الطبعة الأولى طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٦٦ هـ .

(٢) كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للامام احمد بن يحيى المرتضى ج ٢ ص ٣٧٤ ، ص ٣٧٥ ، ص ٣٧٦ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٦٧ هـ .

(٣) وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة للامام العلامة الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملى المجلد الخامس ص ١٥١ ، ص ١٥٢ طبع المطبعة الاسلامية بطهران سنة ١٣٨٠ هـ .

مستفتيا ومحرشا على فاطمة فقال : يا رسول الله أنى رأيت فاطمة قد أحلت ، عليها ثياب مصبوغة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنا أمرت الناس بذلك وأنت يا على بما أهللت ؟ قال: قلت يا رسول الله أهلالا ، كاهلال النبى صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كن على احرامك مثلى وأنت شريكى فى هديتى .

مذهب الاباضية :

والاباضية يجيزون الاشراك فى الهدى كما يفهم من كلامهم .

فقد جاء فى شرح النيل[1] : وجاز لشخص أن يقول أحرمت على ما أحرم عليه صاحبى كما فعله على مع النبى صلى الله عليه وسلم وأشركه صلى الله عليه وسلم فى الهدى .

ثم قال : ولا تجزىء بدنة الا عن صاحبه أن نواها هديا لنفسه .

وانما تجزى لمتعدد أن اشتراها أحدهم على نية الاشراك أو كان مالكا لها ولم يعينها هديا لنفسه ثم شاركهم .

وكذا لا تجزيهم ولا واحدا منهم ان كان أحدهم مشركا أو أراد حصته لحما يتصرف فيه كما يشاء أكلا أو غيره .

ثانيا ــ الاشراك فى البيوع

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع[2] : أن من اشترى شيئا فأشرك فيه غيره ، فلا يخلو اما أن يشركه فى قدر معلوم ، كالنصف والثلث والربع ، ونحو ذلك ، واما أن يطلق الشركة .

فان أشركه فى قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه ، لأن حكم التصرف فيه يثبت فى قدر ما أضيف اليه .

وان أطلق الشركة بأن قال : أشركتك فى هذا الكر فله نصف الكر ، كما لو قال أشركتك فى نصف الكر ، لأن الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيب الرجل مثل نصيبه .

ولو أشرك رجلا فى نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه ، فالرجل بالخيار أن شاء أخذ نصف ما بقى ، وهو ربع الكر ، وان شاء ترك لأنه كان له نصف شائع من ذلك فما هلك هلك على الشركة ، وما بقى بقى على الشركة .

وله الخيار اذا كان قبل القبض ، لأن الصفقة قد تفرقت عليه .

---

(١) كتاب شرح النيل وشفاء العليل للعلامة الشيخ محمد بن يوسف اطفيش ج ٢ ص ٣٨٤ طبع على ذمة صاحب الامتياز محمد بن يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

(٢) كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لأبى بكر بن مسعود الكاسانى ج ٥ ص ٢٢٦ وما بعدها الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧ هـ طبع مطبعة المطبوعات العلمية بمصر .

وكذلك لو باع رجلا نصف الكر ، ثم هلك نصفه قبل القبض لما قلنا •

ولو كان مكان الهلاك استحقاق بأن استحق نصف الكر فهنا هنا يختلف حكم الشركة والبيع •

فيكون النصف الباقى للمشترى خاصة فى البيع •

وفى الشركة يكون بينهما •

وانما كان كذلك ، لأن البيع أضيف الى نصف شائع وتعذر تنفيذه فى النصف المستحق ، لانعدام الملك وأمكن تنفيذه فى نصف المملوك فيجب تنفيذه فيه •

وكذلك فى الشركة الا أن تنفيذه فى النصف المملوك يقتضى المساواة بينهما فى ذلك النصف •

وذلك بأن يكون نصفه للرجل ونصفه له •

ولو اشترى عبدا فقال له رجل : أشركنى فى هذا العبد ، فقال : قد أشركتك ، ثم قال له رجل آخر • مثل ذلك ، فأشركه فيه •

فان كان الثانى علم بمشاركة الأول فله الربع ، وللمشترى الربع والنصف للأول •

وان كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للأول ، ولا شىء للمشترى لأنه اذا علم الثانى بمشاركة الأول فلم يطلب الشركة منه الا فى نصيبه خاصة ، والشركة فى نصيبه تقتضى المساواة بين النصيبين ، وهى أن يكون لكل واحد منهما الربع ،

واذا لم يعلم بالشركة فقوله أشركنى طلب الشركة فى الكل ، والاشراك فى الكل أن يكون نصفه له ، والأول قد استحق النصف بالمشاركة فيستحق الثانى النصف الباقى تحقيقا للشركة المقتضية للمساواة •

ولو قال لرجل اشتر جارية فلان بينى وبينك ، فقال المأمور نعم ، ثم لقيه غيره ، فقال له مثل ما قال الأول ، فقال المأمور نعم ثم اشترى الجارية فالجارية بين الآمرين ولا شىء منها للمأمور ، لأن الأول وكله بشراء نصف الجارية ، وبقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه وكيلا للأول لأنه لا يمكن اخراج نفسه عن الوكالة من غير محضر من الموكل فبقى وكيلا له بشراء النصف، فاذا قبل الوكالة من الثانى صار وكيلا فى شراء النصف الآخر ، فاذا اشترى الجارية فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما •

ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الأولان فقال نعم ، ثم اشتراها كانت الجارية للأولين ، ولا شىء للثالث ، لأنه قد بقى وكيلا للأولين ، اذ لا يملك اخراج نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما ، فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث •

هذا اذا كان المشترى لواحد فأشركه •

فان كان لاثنين ، فلا يخلو اما أن يكون أشرك أحدهما رجلا ، وأما أن يشركاه جميعا •

فان أشركه أحدهما ، فاما أن يشركه فى نصيبه خاصة ، بأن قال أشركتك فى نصيبى ، واما أن يشركه فى نصفه بأن يقول أشركتك فى نصف واما أن يشركه مطلقا بأن يقول اشركتك فى هذا العبد واما أن يشركه فى نصيبه ونصيب صاحبه واما أن يشركه فى نصفه بأن يقول أشركتك فى نصف هذا العبد .

فان أشركه فى نصيبه خاصة فله النصف من نصيبه ، لأن الشركة المطلقة فى نصيبه تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيبه لأنها تقتضى المساواة وكذا لو أشركه فى نصفه لأن الشركة المطلقة فى نصفه تقتضى المساواة فيه .

وان أشركه مطلقا ، فان أجاز شريكه فله النصف كاملا والنصف لهما ، وان لم يجز فالربع له لما ذكرنا أن الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيبه وحده مثل نصيبهما جميعا ، الا أنه اذا لم يجز تعذر تنفيذ الاشراك فى نصيبه ، فينفذ فى نصيب صاحبه فيكون له الربع واذا أجاز أمكن اجراء الشركة على اطلاقها وهى باطلاقها تقتضى المساواة ، وذلك فى أن يكون له النصف ولكل واحد منهما الربع .

وأن أشركه فى نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك فى ظاهر الرواية أنه ان أجاز صاحبه فله النصف والنصف الآخر لهما ، وان لم يجز فله الربع .

وروى عن أبى يوسف فى النوادر أنه ان أجاز كان بينهما أثلاثا وان أبى ان يجيز كان له ثلث ما فى يد الذى أشركه وهو سدس الكل .

ووجه هذه الرواية أن اشراك أحدهما وأجازة الآخر بمنزلة اشراكهما معا ، لأن الاجازة تستند الى حال العقد ، فكأنهما أشركاه معا ، ولأن الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فصار كأن العاقد أشرك بوكالة صاحبه .

ووجه ظاهر الرواية أن الاشراك والاجازة تثبت على التعاقب لوجود الاشراك والاجازة على التعاقب ، والحكم يثبت على وفق العلة ، فصار كما لو أشرك كل واحد منهما على التعاقب .

وقوله ان الاجازة تستند الى حالة العقد ، قلنا : نعم ، ولكن الثابت بطريق الاستناد يثبت للحال ، ثم يستند ، فكان حكم الاجازة متأخرا عن حكم الاشراك ثبوتا .

وان أشركه فى نصف العبد ، فأجاز شريكه فله نصف ما فى يد هذا ، ونصف ما فى يد الآخر .

وان لم يجز فله نصف ما فى يد الذى أشركه لما قلنا .

هذا اذا أشركه أحدهما .

فأما اذا أشركاه جميعا ، فلا يخلو اما أن يشركاه معا ، واما أن يشركاه على التعاقب .

فان أشركاه معا فالقياس أن يكون له النصف كاملا ، ولكل واحد منهما الربع .

وفى الاستحسان يكون بينهم آثلاثا •

وان أشركاه على التعاقب مطلقا ولم يبينا قدر الشركة أو أشركاه فى نصيبهما ، بأن قال كل واحد منهما أشركتك فى نصيبى ولم يبين فى كم أشركه ، كان له النصف ، وللأولين النصف •

ووجه القياس أنه لما أشركه كل واحد منهما فقد استحق نصف نصيبيه ، فكان النصف له والنصف لهما جميعا ، كما لو أشركاه على التعاقب •

ووجه الاستحسان ، وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق أن الاشراك المطلق من كل واحد منهما اياه فى زمان واحد يقتضى المساواة فى أنصباء الكل ، وهو أن يكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب الآخر فى أن يكون المشترى بينهم اثلاثا •

بخلاف الاشراك على التعاقب لأن الاشراك من أحدهما مطلقا فى زمان يقتضى أن يكون نصيبه مثل نصيبه •

وكذلك الاشراك الآخر فى الزمان الثانى فيجتمع له ربعان وهو النصف لكل واحد منهما الربع •

مذهب المالكية :

جاء فى الشرح (١) الكبير وحاشية الدسوقى عليه : أنه تجوز تولية وشركة فى الطعام قبل قبضه •

والمراد بالشركة هنا جعل مشتر قدرا لغير بائعه باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من ثمنه — لأنهما كالاقالة من باب المعروف كالقرض •

ومحل الجواز فيهما أن لم يكن على شرط فى صلب العقد أن ينقد المولى والمشرك — بالفتح فيهما — عنك يا مولى أويا مشرك — بالكسر فيهما — الثمن فى التولية أو حصتك منه فى الشركة ، والا لم يجز ، لأنه بيع وسلف منه لك •

وذلك لأن المشرك بفتح الراء اذا دفع الثمن كله فقد سلف المشرك نصف الثمن ونصف الثمن الآخر بيع ، فيكون قد اجتمع بيع وسلف •

ويفسخ الا أن يسقط الشرط •

واستوى عقد المشرك ، بالكسر — والمشرك — بالفتح — فى قدر الثمن ، وفى أجله ان كان مؤجلا وفى حلوله ان كان حالا ، وفى الرهن والحميل فى الاشراك فى الطعام قبل قبضه خاصة ، وأما بعد قبضه فلا يشترط أو اذا كان الاشراك فى غير الطعام قبل القبض أو بعده فكذلك لا يشترط هذا الشرط وهو استواء العقد •

وبقى شرط ثالث لجواز الاشراك وهو أن يكون الثمن عينا •

---

(١) الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وحاشية الدسوقى عليه لشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقى ج ٣ ص ١٥٦ وما بعدها الى ص ١٥٨ فى كتاب فى صلبه الحاشية وعلى هامشه الشرح الكبير مع تقريرات الشيخ محمد عليش طبع دار احياء الكتب العربية .

فان كان الثمن عرضا منع لاختلاف العقد لعدم انضباط العرض فى القيمة •

وان كان الثمن مكيلا أو موزونا منع عند ابن القاسم رحمه الله تعالى ، لأنه فى الطعام قبل قبضه رخصة والرخصة يقتصر فيها على ما ورد •

وأجازه أشهب رحمه الله تعالى •

والا بأن اختل شرط ــ كأن اشترط المشرك بالكسر النقد على المشرك ، أو اختلف العقد فى النقد والتأجيل ، أو غير ذلك من وجوه الاختلاف ، أو كان الثمن غير عين ــ فان الاشراك يكون بيعا كغيره يعتبر فيه شروطه وانتفاء موانعه كعدم القبض •

وتبطل الرخصة فيه فيمنع الاشراك فى الطعام قبل قبضه لا بعده ولا على غير طعام أن لم يكن على أن ينقد عنه كما مر •

وضمن المشرك ــ بفتح الراء ــ الشىء المشترى المعين كعبد وهو الحصة التى حصلت له بالشركة فقط فيرجع المشرك ــ بكسر الراء ــ عليه بنصف الثمن مع عدم قبضه المثمن ولو طعاما لأنه فعل معه معروفا •

وضمن المشرك ــ بالفتح ــ طعاما كلته من بائعه قبل أن تشرك فيه يا مشرك ــ بالكسر ــ وصدقك فى وفاء الكيل من بائعك من شركته ثم تلف •

قال الدسوقى فى حاشيته : واعترض بأنه لا يشترط فى ضمان المشرك ــ بالفتح ــ تصديقه ، ولذا لم ينكره فى المدونة •

وحمل الطخيخى والشيخ سالم رحمهما الله تعالى كلام الدردير على ما اذا اشترى شخص طعاما وصدق البائع فى كيله ثم أشرك غيره فيه ضمنه المشرك ــ بفتح الراء بمجرد الشركة •

وعلى هذا فالخطاب لبائع المشرك ــ بالكسر ــ وهذا بعيد من الدردير •

وأن أشرك المشترى شخصا سأله الشركة ، بأن قال له : أشركتك حمل التشريك •

وأن اطلق على النصف ، لأنه الجزء الذى لا ترجيح فيه لأحد الجانبين ، وان قيد بشىء فواضح •

وأن سأل شخص ثالث شركتهما وهما مجتمعان ، أى سأل اثنين اشتريا سلعة واتفق نصيبهما ، بأن صار لكل منهما النصف ، فقال لهما : أشركانى فقالا له أشركناك فله الثلث •

فان اختلف نصيب الشريكين ــ كما لو كانا شريكين بالثلث والثلثين فاذا قالا له أشركناك كان له نصف الثلث ونصف الثلثين وحينئذ فيكون له النصف ، وللأول السدس وللثانى الثلث •

كما لو سألهما بمجلسين بلفظ الافراد

وقال لكل واحد على انفراده أشركتنى فقال له أشركتك فله نصف ما لكل سواء اتفق نصيبهما أو اختلف •

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج أن الاشراك فى بعض المبيع كالتولية فى كله فى الأحكام المذكورة لأن الاشراك تولية فى بعض المبيع ان بين البعض كمناصفة أو بالنصف ، والا فلا يصح جزما كأشركتك فى بعضه أو فى شىء منه للجهل •

قال الشبراملسى : ظاهر ذلك أن الاشراك لا يصح وان قال : بعضه بنصف الثمن أو نحوه •

وينبغى أن محل البطلان ما لم يعين جزءا من الثمن •

فان ذكره كأن قال أشركتك فى شىء منه بنصف الثمن أو بربعه كان قرينة على ارادة ما يقابله من المبيع فيصح ، ويكون فى الأولى شريكا بالنصف وفى الثانية بالربع •

قال فى العباب : ولو قال أشركتك فى نصفه بنصف الثمن كان مناصفة لمقابلة نصف الثمن ، أو قال فى نصف الثمن ليكون بيننا لم يصح •

ولعله للتنافى بين ما اقتضاه قوله فى نصف الثمن من أنه جعل له ربع المبيع بربع الثمن ، وبين قوله بيننا الذى يقتضى كونه مناصفة •

أو أن قوله أشركتك فى نصف الثمن انما يقتضى أن يكون الثمن الذى استحقه البائع مشتركا بين المشترى والشريك ليكون المبيع مشتركا بينهما والفساد على تقدير ارادة ذلك ظاهر •

قال صاحب نهاية المحتاج : فان قال أشركتك فى النصف فله الربع ما لم يقل بنصف الثمن فانه يكون له النصف •

قال الشبراملسى ولعل وجهه أن عدوله عن بعتك ربعه بنصف الثمن الى أشركتك قرينة على ذلك •

والمعنى حينئذ أشركتك فيه بجعل نصفه لك بنصف الثمن الى آخر ذلك • ومع ذلك فيه شىء •

وبقى ما لو اشتراه بمائة ثم قال لآخر أشركتك فى نصفه بخمسين هل يكون له النصف أو الربع ؟ فيه نظر والأقرب أن له الربع لأن عدوله عن قوله بنصف الثمن الى قوله بخمسين قرينة على أنه بيع مبتدأ ، وكأنه قال بعتك ربعه بخمسين •

قال صاحب نهاية المحتاج . وشمل كلام الامام النووى ما لو باع غير الأب والجد — أو هما بالأولى — مال الطفل ثم قال المشترى للولى أشركتك فى هذا العقد فانه يكون جائزا •

فان أطلق الاشراك كأن يقول : أشركتك فيه صح العقد وكان المبيع مناصفة

بينهما ، كما لو أقر بشيء لزيد وعمرو ، لأن ذلك هو المتبادر من لفظ الاشراك .

نعم لو قال : بربع الثمن مثلا كان شريكا بالربع فيما يظهر أخذا مما تقرر فى قوله أشركتك فى نصفه بنصف الثمن ، بجامع أن ذكر الثمن فى كل مبين للمراد من اللفظ قبله لاحتماله وان نزل لو لم يذكر هذا المخصص على خلافه .

وتوهم فرق بين ما لو قال أشركتك بربع الثمن مثلا وبين ما لو قال أشركتك فى نصفه بنصف الثمن بعيد .

أما لو قال أشركتك بالنصف بربع الثمن فهل يصح أم لا ؟ فيه نظر .

والذى يظهر أنه يصح . ويكون شريكا بالربع والباء فيه بمعنى فى .

ونقل عن بعض أهل العصر خلاف ذلك .

قال الزركشى رحمه الله تعالى : ولو تعدد الشركاء فهل يستحق من أشركوه معهم نصف ما لهم أو مثل واحد منهم كما لو اشتريا شيئا ثم أشركا ثالثا فيه فهل يكون له نصفه أو يكون له ثلثه ؟ لم يتعرضوا له ، والأشبه الثانى .

قال الشبراملسى رحمه الله تعالى : وينبغى أن مثل ذلك عكسه ، كما لو اشترى شيئا ثم قال لاثنين . أشركتكما فيه فيكون المبيع أثلاثا .

وبقى ما لو اختلفت حصص الشركاء كأن كان لواحد النصف . والآخر الثلث . والآخر السدس . ثم قال الثلاثة للرابع أشركناك معنا . فالظاهر أن يكون له النصف وللثلاثة النصف . وكأن كل واحد منهم باع هذا الرابع نصف ما بيده ، لأنه لا يظهر هنا كونه كأحد الثلاثة لاختلاف أنصبائهم .

قال صاحب نهاية المحتاج : وقضية كلام النووى رحمه الله تعالى كغيره أنه لا يشترط ذكر العقد .

لكن قال الامام رحمه الله تعالى وغيره: ولابد فى الاشراك من ذكر البيع أو العقد بأن يقول أشركتك فى بيع هذا أو فى هذا العقد ، ولا يكفى أن يقول أشركتك فى هذا ونقله صاحب الأنوار رحمه الله تعالى وأقره وعليه أشركتك فى هذا كناية .

وقيل لو أطلق الاشراك لم يصح للجهل بقدر المبيع وثمنه(١) .

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى ج ٤ ص ١٠٧ ، ١٠٨ فى كتاب أسفله حاشية أبى الضياء نور الدين على ابن على الشبراملسى على نهاية المحتاج وعلى هامشه حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد ابن أحمد المعروف بالمغربى الرشيدى طبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٥٧ هـ ، سنة ١٩٣٨ م .

مذهب الحنابلة :

جاء فى الشرح الكبير والمغنى(١) : أن الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من الثمن ويصح بقوله شركتك فى نصفه أو ثلثه .

وذكر صاحب المغنى(٢) أن ما يحتاج الى القبض لا تجوز الشركة فيه قبل قبضه لأن الشركة هى بيع فتدخل فى عموم النهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه فان الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه على ما ذكر .

وتجوز الشركة فيما يجوز بيعه ، لأنها نوع من أنواع البيوع ، وانما اختصت باسم كما اختص بيع المرابحة والمواضعة بأسماء .

فاذا اشترى(٣) رجل شيئا فقال له رجل آخر أشركنى فى نصفه بنصف الثمن ، فقال له : أشركتك صح وصار شركا بينهما اذا كان الثمن معلوما لهما .

ولو قال أشركنى فيه أو قال الشركة فقال شركتك أو قال ولنى ما اشتريت ولم يذكر الثمن فقال : وليتك صح اذا كان الثمن معلوما ، لأن الشركة تقتضى ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن على ما ذكر .

والتولية ابتياعه بمثل الثمن فاذا ذكر اسمه انصرف اليه ، كما اذا قال أقلنى فقال أقلتك .

وفى حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام الى السوق فيشترى الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير رحمهما الله تعالى ، فيقولان له أشركنا ، فان النبى صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة ، فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هى فبعث بها الى المنزل ذكره البخارى .

ولو اشترى شيئا فقال له رجل أشركنى فشركه انصرف الى النصف ، لأنها تتصرف الى التسوية باطلاقها .

فان اشترى اثنان عبدا فقال لهما رجل أشركانى فيه فقال شركناك احتمل أن يكون لهما النصف لأن اشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفردا لكان له النصف ، فكذلك حال الاجتماع .

ويحتمل أن يكون له الثلث ، لأن الاشتراك يفيد التساوى ، ولا يحصل التساوى الا بجعله بينهم أثلاثا .

وهذا أصح لأن اشراك الواحد انما اقتضى النصف لحصول التسوية به .

وان شركه كل واحد منهما منفردا كان له النصف ، ولكل واحد منهما الربع .

(١) الشرح الكبير على متن المقنع للامام شمس الدين محمد أبى الفرج بن أحمد بن قدامة المقدسى ج ٤ ص ١٠٠ ، ص ١٠١ وما بعدهما فى كتاب على المغنى لابن قدامه المقدسى الطبعة الأولى طبع مطبعة النار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

(٢) المغنى تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر الامام أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى ج ٤ ص ٢٢٣ وعليه الشرح الكبير لشمس الدين أبى الفرج أحمد بن قدامه المقدسى الطبعة الأولى .

(٣) المغنى لابن قدامه المقدسى والشرح الكبير عليه ج ٤ ص ١٠٠ ، ص ١٠١ فى كتاب الطبعة السابقة .

وان قال أشركانى فيه فشركه أحدهما فعلى الوجه الأول يكون له نصف حصة الذى شركه ، وهو الربع •

وعلى الآخر له السدس ، لأن طلب الشركة بينهما يقتضى طلب ثلث ما فى يد كل واحد منهما ، ليكون مساويا لهما ، فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه •

وان قال له أحدهما أشركناك انبنى على تصرف الفضولى ، فان قلنا يقف على الاجازة فأجازه فهل يثبت له الملك فى نصفه أو ثلثه ؟ على الوجهين •

ولو قال لأحدهما أشركنى فى نصف هذا العبد فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولهما نصفه ، والا فله نصف حصة الذى شركه •

فان اشترى عبدا فلقيه رجل ، فقال : أشركنى فى هذا العبد ، فقال : قد شركتك فله نصفه •

فان لقيه آخر فقال أشركنى فى هذا العبد وكان عالما بشركة الأول فله ربع العبد وهو نصف الذى شركه ، لأن طلبه للشركة رجع الى ما ملكه المشارك وهو النصف فكان بينهما •

وان لم يعلم بشركة الأول فهو طالب نصف العبد ، لاعتقاده أن جميع العبد ، لمن طلب منه المشاركة فاذا قال له شركتك احتمل ثلاثة أوجه •

أحدهما : أن يصير له نصف العبد ولا يبقى للذى شركه شىء ، لأنه طلب منه نصف العبد فأجابه اليه فصار كأنه قال بعنى نصف هذا العبد فقال بعتك وهذا قول القاضى رحمه الله تعالى •

والثانى : أن ينصرف قوله شركتك فيه الى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فيمتد فى نصف نصيبه ويقف الزائد على اجازة صاحبه على احدى الروايتين ، لأن لفظ الشركة يقتضى بعض نصيبه ومساواة المشترى له ، فلو باع جميع نصيبه لم يكن له شركة لأنه لا يتحقق فيه ما طلب منه •

الثالث : لا يكون للثانى الا الربع بكل حال ، لأن الشركة انما تثبت بقول البائع شركتك ، لأن ذلك هو الايجاب الناقل للملك وهو عالم أنه ليس له الا نصف العبد ، فينصرف ايجابه الى نصف ملكه •

وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار ، لأنه انما طلب النصف فلم يحصل له جميعه ، الا أن نقول بوقوفه على الاجازة فى الوجه الثانى ، فيخير الآخر •

ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلا ، لأنه طلب شراء النصف فأجيب فى الربع فصار بمنزلة ما لو قال بعنى نصف هذا العبد فقال بعتك ربعه •

ولو اشترى قفيزا من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل بعنى نصف هذا

القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض، لأن البيع ينصرف الى ما يجوز له بيعه وهو المقبوض •

وان قال أشركنى فى هذا القفيز بنصف الثمن ففعل ، لم تصح الشركة الا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربعه بربع الثمن ، لأن الشركة تقتضى التسوية هكذا ذكر القاضى •

قال شيخنا رحمه الله تعالى والصحيح ان شاء الله تعالى أن الشركة تتصرف الى النصف كله فيكون بائعا لما يصح بيعه وما لا يصح فيصح فى نصف المقبوض فى أصح الوجهين ، ولا يصح فيما لم يقبض •

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر[1] الزخار : أن المشترى لو قال لغيره : اشتريت هذه السلعة بكذا وقد أشركتك فى نصفها فقبل المخاطب نجز ملك نصفها بنصف الثمن ، فان لم يعين فى كم أشركه فوجهان •

قال البعض أصحهما يفسد للجهالة •

وقيل : يصح وتنصف اذ هو الظاهر •

قلت : الأول أقرب كالبيع •

فان حط عن الأول شئ بعد أن أشركه اشتركا فى الحطيطة كقبل الشركة ، اذ القصد الشركة فى الثمن •

مذهب الامامية :

جاء فى اللمعة[2] الدمشقية : أن التشريك جائز • وهو أن يجعل للمشترى فى المبيع نصيبا بما يخص النصيب من الثمن بأن يقول شركتك — بالتضعيف ويجوز تعديته بالهمزة — بنصفه بنسبة ما اشتريت مع علمهما بقدره •

ولو قال أشركتك بالنصف كفى ولزم المشترى نصف مثل الثمن •

ولو قال أشركتك فى النصف — كان له الربع الا أن يقول بنصف الثمن فيتعين النصف •

ولو لم يبين الحصة كما لو قال فى شئ من المبيع ، أو أطلق بطل للجهل بالمبيع

---

(١) أنظر كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للامام أحمد بن يحيى المرتضى ج ٣ ص ٣٨٠ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٦٧ هـ ، سنة ١٩٤٨ م الطبعة الأولى وانظر كتاب التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة للقاضى العلامة أحمد بن قاسم الحلبى اليمانى الصنعانى ج ٢ ص ٤٧٣ الطبعة الأولى طبع مطبعة دار أحياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٦٦ هـ وانظر كتاب شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الأئمة الأطهار مع حواشيه للعلامة أبى الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٣ ص ١٦٣ وما بعدها الطبعة الثانية طبع مطبعة حجازى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ •

(٢) انظر منشورات جامعة النجف الدينية اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد محمد ابن جمال الدين مكى العاملى ج ٣ ص ٤٣٦ ، ص ٤٣٧ مطبعة الآداب فى النجف الاشرف سنة ١٣٨٧ هـ ، سنة ١٩٦٧ وانظر كتاب الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعى العاملى ج ١ ص ١١٩ طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر . سنة ١٣٧٨ هـ دار التقريب بين المذاهب الاسلامية بالقاهرة .

ويحتمـل حمل الثـانى ــ أى الاطلاق ــ على التنصيف •

والتشريك فى الحقيقيـة بيـع الجـزء المشـاع برأس المـال لـكنه يتميز عن سائر أقسـام البيوع بحصـته بلفظـه •

مذهب الأباضـية :

جـاء فى شرح النيـل أن المشـاركة هى جعـل مشـتر أو مأموره أو وكيـله فى التشريك قـدرا معـلوما بالتصريح ، أو بالاطـلاق لغـيره قـل أو كثر ، ولو كان هو أكثر الشىء سـواء جعـله لغير بائعه ، ولو لمسـجد أو وقف أو جعـله لبـائعه •

ففى الديـوان : يجـوز للمشـترى ان يشـارك البـائع وغـيره من الناس باختياره لا بجبر أو تخـويف •

وكذا يشترط اختيار المشـارك ، ولا يخفى ذلك ولا سـيما أنها بيـع ــ مما اشـتراه لنفسـه لتجـر أو لكسب بمنـاب القـدر أو الغير من ثمن ما اشـتراه •

واختير أنهـا بيـع وأن الداخل بالشركة يعطى ما ينـوبه من الثمن فى الجزء المجعـول هـو شريكا به وأن الجـزء له مع ما ينـوبه من الربح •

ولا فرق بينهـا وبين القـراض الا أنهـا تصـح بغير العـين وبالعين ، وأنه لا عمل فيهـا على الداخـل بهـا بخـلاف القراض فانه بالعين والعمـل فيـه على الداخـل بالقـراض •

ويصححها مصحح البيـع على القـول بأنهـا بيـع •

ويفسـدها ما يفسـد البيـع •

فان هلكت بضـاعة ــ وهى ما سـوفر بها لتجـر أو غير بضـاعة ممـا شـورك فيه قبـل تسليم مشـتر حصـة الشريك الى الشريك بأن أبى من تسليمها أو هلكت قبـل مقـدار ما يقبضـها بمعنى أنهـا تلفت عليه من ماله •

فان كان قد قبض ممن أشركه ثمن حصته فليرده له الا أن دعاه لقبضـها فلم يقبضها فتلفت بعـد مقدار ما يصـل قبضـها وقد عرفها أو قال له أتركهـا عنـدك أو خلى بينه وبين قبضـها ، فلم يقبضـها ، ورفعها المشـترى على رسم الحـرز فانهـا حينئـذ تلفت عليهما معـا على قـدر سهميهما وكذا غير البضـاعة ممـا شـورك فيه وقيل تلف ذلك عليهمـا معـا ولـو خـلى بينـه وبين القبض فلم يقبض ما لم يقبضـه أو يدعه للقبض فيـأبى فعليهمـا أو يمنعـه فعـلى المشـترى ، وقـد صح البيـع ومجـرد التخلية قبض •

وأما الأصـل فله الخيـار حتى يراه فان تلف قبـل فقـد تلف على مالكه •

والأصـح أن البيـع يصـح بلا قبض ، وأن القبض شرط فى انتقال الضمان •

ولا تصـح الشركة قبـل شراء لنهيـه صـلى الله عليـه وسـلم عن بيـع ما لم تقبض وبيـع ما ليس عندك •

وان قال له واشترى أنا ما اشترى فأشركك فيه أو اشترى كذا فأشركك فيه فقبل فذلك وعد يجب الوفاء به ، ولا يحكم بشركتهما حتى يشترى فيشركه •

ثم انه لا مانع من التشريك بثمن أو بلا ثمن فىنفس الشيء على أنه لا ربح فيه للداخل بل الربح كله للأول • أو على أنه كله للداخل أو على أن يعطى الثانى الثمن كله وحده •

وفى الديوان كل ما اشتراه للتجارة ، فغيره عن حاله الأول ، مثل القمح والشعير فطحنهما ، والصوف والكتان فعملهما ثيابا ، والتبر فصاغه حليا ، وما أشبه ذلك ، فالشركة فيه جائزة •

وان اشترى شيئا للتجارة فمات فأراد الورثة أن يشاركوا فيه أحدا فلا يجوز ، لأنه صار ميراثا •

وكذلك كل ما اشتراه الرجل للتجارة فانتقل من ملكه بوجه من الوجوه غير البيع فأراد من انتقل اليه أن يشارك فيه أحدا فلا يجوز •

وان شارك رجل رجلا فمات فشركته ثابتة • وتصح قبل شراء فى مثل من أمر أحدا أن يشترى شيئا بينهما انصافا أو اثلاثا أو غير ذلك ، أو قال اشترى أنا بينى وبينك فقال له : نعم فاشتراه بينهما كذلك ، أو أمره أن يشترى بينهما ولم يذكر النصف ولا غيره فيحمل على النصف ، وذلك اذا قامت قرينة على أنه اشترى بينهما سواء عين له ما يشترى أو ذكر له الجنس فقط أو لم يعين ويذكر الجنس مثل أن يقول أنا شريكك فيما تشترى هذا اليوم أو من هذا السوق أو من فلان أو نحو ذلك من المواقيت فاذا قال له نعم أو سكت وأقر حال الشراء انى اشتريت بينى وبين فلان •

وقيل ان افترقا وهو ساكت فالطالب بالخيار •

واذا انعم بذلك ثم اشترى فقال اشتريت لنفسى لم يقبل قوله على الصحيح •

وتصح بعد شراء بلا قبول على القول بأنها غير بيع وأنها فى الربح فقط وأنها هبة وأن الهبة تثبت بلا قبول ما لم ينكرها المعطى(١) •

وقيل تكون المشاركة فى مشترى لتجر ، لا فى مشترى لكسب •

وقيل تكون المشاركة بلا شروط بيع على أنها مجرد هبة فتجوز على هذا القول ولو فى مجهول ولو قبل القبض ولا رد فيها بالعيب •

ومن اشترى ما لتجر أو لكسب — على ما مر من الخلاف فى اختصاص المشاركة فيما لتجر وفى جوازها فيما

---

(١) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف اطفيش ج ٤ ص ٥٧٠ وما بعدها الى ص ٥٧٥ طبع محمد بن يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ والمطبعة السلفية ومكتبها بمصر نفس السنة .

لتجر وفيما لكسب — فقيل له شاركنى فيه فقال شاركتك فلمن اشترى نصف الربح ان كانت المشاركة فى الربح فقط وهى تتصور بلا ثمن ونصف الشىء ونصف ربحه ان كانت فى الشىء وربحه وذلك يتصور بالثمن والنصف الآخر من ذلك لطالب الشركة •

ولو كان الطالب لها اثنين فيكون لكل واحد منهما نصف النصف وهو ربع •

أو كان الطالب ثلاثة فيكون لكل واحد منهم ثلث النصف وهو سدس •

أو كان الطالب أربعة فيكون لكل منهم ربع النصف •

وهكذا ما فوق ذلك فان النصف على كل حال للمشترى وهو صاحب الشىء والشىء الآخر لمن طلب الشركة على رءوسهم •

وقيل ان كان الطالب واحدا فله النصف •

وان كان اثنين فالشىء وربحه أو الربح بين صاحب الشىء والطالب الذى هو اثنان أثلاثا ثلث لصاحب الشىء وثلثان للذين طلبا •

فلو كان الطالب ثلاثة لكان بينهم أرباعا ربع لصاحبه وثلاثة أرباع للثلاثة •

وهكذا ما فوق فان المشترى ومن طلبوا الشركة يكون ذلك على رءوسهم ، وهذا القول هو الصحيح عندى ، لأن الأصل فى الشركة اذا أطلقت انصرافها الى التسوية ، ولا تحمل على التفاوت الا بدليل •

ووجه القول الأول تصييره طالبى الشركة بمنزلة رجل واحد لطلبهم بمرة

وان صير اثنان واحدا شريكا فلهما النصف ، لأنهما بمنزلة رجل وله النصف الآخر •

وكذا أن شارك ثلاثة أو أربعة فصاعدا واحدا فلهم النصف وله الآخر •

وقيل يقسمونه أثلاثا أن شارك اثنان واحدا •

وان شارك ثلاثة واحدا فأرباعا وهكذا •

واذا تعدد المشارك والمشارك تساوى عدد كل منهما أو تفاوت مثل أن يشارك انسان اثنين أو اثنان ثلاثة أو ثلاثة اثنين •

فقيل النصف للفريق المشارك على رءوسهم والنصف للفريق المشارك على رءوسهم •

وقيل هو بين الفريقين على رءوسهم ومن شارك آخر بعد الأول فله نصف ما بيده، والنصف هو الربع •

وان شارك بعد ذلك ثالثا كان له ربع ما بيده وهو الثمن •

وان شارك رابعا بعد ذلك فله نصف ربع ما بيده وهو ربع الثمن •

وهكذا اذا أدخل واحدا فله نصف ما بيده لا نصف الكل ، لأنه انما يشارك فيما له خاصة •

وان أشرك اثنان واحدا فلكل منهما نصف ما بيده •

وان أشركا بعد ذلك فلكل منهما نصف ما بيده وكذلك •

وهكذا ما فوق الاثنين •

وان أشرك واحد واحدا ثم أشرك واحد واحدا ثم أشرك اثنين أو أكثر فله نصف ما بيده •

وقيل ما بيده على عدد من أشركهم وعدده على الرءوس •

وكذا ان شارك الداخل بالشركة رجلا آخر •

وكذا ان شارك الثالث رابعا وهكذا •

ولا يشارك الشخص الا فيما له خاصة ، دون ما للذى أشركه من قبل ودون ما لغيره من يتيم أو مجنون أو غائب أو غيرهم ودون مجموع ما أشركه مع غيره ، لأن المشاركة بمنزلة الهبة ولا سيما ان كانت فى الربح ، فانها حينئذ نفس هبة ما سيوجد بمنزلة هبة ما وجد ولا يهب الانسان مال غيره ولا ماله ومال غيره الا هبة ثواب أو هبة يرجو فيها مصلحة فانه يجوز له ذلك فى مال من قام عليه كغائب ويتيم ومجنون ووقف •

وقيل لا تجوز شركة فى ربح وحده وأما فى الشىء ويتبعه الربح فجائزة وذلك تبع فيه صاحب النيل أبا ستة رحمهما الله تعالى : ونتاج مشترك — ان كان أمة أو دابة تلد — وغلته • ان كان أرضا أو نباتا أو شجرا — بعد الشركة من الربح ، فللداخل بالشركة نصيب فى ذلك اما قبل الشركة فللمشترى وحده ولو كان ذلك موجودا ان كان منفصلا وكان بحيث لا يتبع المبيع فان التشريك بيع •

ومن قال يختص بالربح فانه قال بمنزلته البيع ومؤنته من أكل وشرب ولباس وسكنى وحرز وقيد ومداواة ومن كل ما يحتاج اليه بعد المشاركة •

وجنايته وزكاته على الأول الذى هو المشترى الذى أدخل رجلا آخر مثلا لا على الداخل بالشركة على أن الشركة فى الربح فقط •

ولا يدرك شيئا من ذلك حتى يباع فيخرج مقدار ذاك المذكور من الجناية والمؤنة والزكاة للأول من ربح ان كان الربح وأخرج ذلك المذكور من ماله •

وان لم يخرج ما لزمه من جناية أو زكاة حتى بيع بربح ، فان شاء أخرجه من الربح ، وان شاء أخرجه من ماله وأخذ مثله من الربح .

وان لم يكن ربح أخرج ذلك من ماله .

وان أخرجه قبل فذاك ولا رجوع له على أحد ويقسم الباقى من الربح بينه وبين من دخل بالشركة .

وجاز فعل الأول المشترى كله فى الشىء الذى شارك فيه غيره فى ربحه خاصة كهبة للثواب أو لغيره . وبيع بأنواعه واصداق واجارة ورهن واعطائه فى أرش أو دية وقضائه فى حق وتصدقه ، وتدبير لموته أو لغير موته واعتاق بأى نوع ولو بكتابة ، فان كان ربح ضمن حصة المشارك سواء تبين الربح فى ذاته ، كما اذا أعتقه ، أو دبره ، أو رهنه ، أو أصدقه ، وقد تبين أن قيمته زادت على ما اشتراه به ، أو تبين بفعله ، كما اذا باعه بأكثر مما اشتراه به ، أو رهنه فبيع بأكثر أو قضاه فى أكثر أو أعطاه فى اصداق بأكثر أو فى أرش أو دية بأكثر أو نحو ذلك .

وان باعه برخص فقلت الفائدة أو انتفت لم يدرك عليه ما نقص بالرخص ولو تعمده كذا يقال وأولى منه أن يدركه بل هنا قولان .

قيل له الربح قبل البيع .

وقيل : لا حتى يباع .

فعلى هذا القول الأخير أن باعه بلا ربح وقد وجد فيه فلا شىء للثانى .

أما فعل المشارك فلا يجوز فان فعل المشارك فيه ذلك قبل تحقق الربح لم يثبت فعله ولو كان اعتاقا لعدم تحقق ربح ، فما لم يتحقق الربح فلا نصيب له فيه ، فلا يصح فعله اجماعا اذا لم يكن الربح[1] .

ثالثا : الاشراك فى الوصية

مذهب الحنفية :

جاء فى البحر الرائق[2] : أن من أوصى الى شخص فعجز الوصى عن التصرف ضم اليه غيره ، لأن فى الضم رعاية الحقين ، حق الوصى وحق الورثة ، لأن تكميل النظر يحصل به ، لأن النظر يتم باعانة غيره .

ولو شكا الوصى اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة ، لأن الشاكى قد يكون كاذبا على نفسه .

ولو ظهر للقاضى عجزه استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين .

---

(١) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف اطفيش ج ٤ ص ٥٧٦ وما بعدها الى ص ٥٨١ الطبعة السابقة .

(٢) انظر كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم وبهامشه حواشى منحة الخالق لابن عابدين ج ٨ ص ٥٢٤ الطبعة الأولى طبع المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١٠ هـ .

ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضى أن يخرجه ، لأنه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه أولى ألا ترى أنه قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره •

وكذا اذا شكا الورثة أو بعضهم الوصى اليه لا ينبغى له أن يعز له حتى تبدو له منه خيانة ، لأنه استفاد الولاية من الميت •

غير أنه اذا ظهرت الخيانة فاتت الأمانة والميت انما اختاره وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها ، ولو كان حيا لأخرجه منها ، فينوب القاضى منابه عند عجزه ، ويقيم غيره مقامه ، كأنه مات ولا وصى له •

واذا أوصى الى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف فى مال الميت •

فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى •

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : ينفرد كل واحد منهما بالتصرف •

ثم قيل : الخلاف فيما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد •

وأما اذا أوصى اليهما معا أو أوصى اليهما بعقد على حدة •

ومحل الخلاف اذا كان ذلك فى عقدين •

وأما اذا كان فى عقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع كذا ذكره الكيسانى •

وقيل : الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف •

وقال فى المبسوط وهو الأصح ، ولا يخفى أن المراد من البطلان التوقف على اجازة الآخر أو رده بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع •

والفرق ان ضم الثانى فى الايصاء دليل على عجز الأول عن المباشرة وحده ، وهذا لأن ضم الايصاء الى الثانى يقصد به الاشتراك مع الأول ، وهو يملك الرجوع عن الوصية للأول ، فيملك اشتراك الثانى معه ، وقد يوصى الانسان الى غيره على أنه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ، ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا ولا كذلك الوكالة •

وبطلان تصرف أحد الوصيين على[1] الخلاف الذى مر انما يكون فى غير التجهيز وشراء الكفن ، لأن فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا فى الحضر ويملكه الرفقة فى السفر •

---

(١) المرجع السابق للشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم ج ٨ ص ٥٢٦ الطبعة السابقة .

وكذلك لا يبطل تصرف أحد الوصيين لحاجة الصغار والاتهاب لهم ، لأنه يخاف هلاكهم من الجوع والعرى ، وانفراد أحدهما بذلك خير ، ولهذا يملكه كل من هو فى يده .

ومثل ذلك أيضا رد وديعة عين وقضاء دين ، لأن ذلك ليس من باب الولاية ، وانما هو من باب الاعانة ، ألا ترى أن صاحب الحق يملكه اذا ظفر به ، بخلاف اقتضاء دين الميت ، لأنه رضى بأمانتهما جميعا فى القبض ، ولأن فيه معنى المبادلة ، وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع فى البيع الفاسد من هذا القبيل ، وكذا حفظ المال فلذلك ينفرد به احدهما دون صاحبه .

وما استثناه القدورى فى مختصرة بقوله الا فى شراء الكفن للميت وتجهيزه ، وطعام الصغار وكسوتهم ، ورد وديعة بعينها ، وقضاء دين ، وتنفيذ وصية بعينها ، وعتق عبد بعينه ، والخصومة فى حقوق الميت ، فهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدورى الاستثناء عليها فى مختصره .

واقتفى أثره صاحب الهداية وزاد فيها على ذلك أشياء بقوله : ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الأموال وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجميع الأموال الضائعة ، وهذه التى زادها فى الهداية على ما فى الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الأشياء المعدودة خمسة عشر .

ثم قال فى البحر : ولو مات أحد الوصيين جعل القاضى مكانه وصيا آخر .

أما عندهما فظاهر ، لأن الباقى منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا ينظر الى الميت عند عجز الميت .

وأما عند أبى يوسف فلأن الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قدر أن يجعل وصيين يتصرفان ، وذلك ممكن لتحقيق نصب وصى آخر مكان الأول .

وجاء فى الدر المختار : وحاشية ابن عابدين[1] عليه :أنه لو قال الموصى : ما لى بين زيد وعمرو وعمرو ميت فلزيد نصفه ، لأن كلمة بين توجب التنصيف .

قال ابن عابدين الظاهر أن هذا اذا دخلت على مفردين كما هنا أما لو دخلت على ثلاثة كقوله بين زيد وعمرو وبكر فانها توجب القسمة على عددهم .

وعلى هذا فاذا قال بين زيد وسكت فانما تنصف ، لأن أقل الشركة بين اثنين ولا نهاية لما فوقهما .

وأما اذا دخلت على جمعين ففى المعراج

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ج٥ ص ٤٤٥ الطبعة الثالثة طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٥ هـ .

لو قال بين بنى زيد وبين بنى بكر وليس لأحدهما بنون فكل الثلث لبنى الآخر ، لأنه جعل كل الثلث مشتركا بين بنى زيد

حتى لو اقتصر عليه كان الثلث بينهم فاذا لم تثبت المزاحمة كان كل الثلث بينهم[1] .

ولو أوصى بمائة لرجل وبمائة لآخر ، وقال لآخر : أشركتك معهما فله ثلث كل مائة لتساوى نصيبيهما ، لأن الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى : « فهم شركاء فى الثلث »[2] على المساواة فأمكنت المساواة فلكل ثلثا المائة .

ولو أوصى بأربعمائة مثلا لرجل وبمائتين لرجل آخر ، وقال لآخر أشركتك معهما فله نصف ما لكل منهما لتفاوت نصيبيهما فيساوى كلا منهما .

قال ابن عابدين ولا يمكن المساواة بين الكل فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له ، فيأخذ النصف من كل واحد من المالين .

ولو أوصى لزيد بأمة ولبكر بأمة أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما فان تفاوتا قيمة فله نصف كل اجماعا وكذا أن تساويا عنده

وثلث كل عندهما بناء على قسمة الرقيق وعدمها .

وفى الدر[3] : ان أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك معه فالثلث بينهما لا مكان المساواة .

مذهب المالكية :

جاء فى الشرح الكبير وحاشية[4] الدسوقى عليه : أنه أن أوصى شخص لاثنين بلفظ واحد كجعلتكما وصيين ، أو بلفظين فى زمن واحد ، أو زمنين من غير تقييد باجتماع أو غير ذلك بدون صاحبه ألا بتوكيل منه . فلا يستقل أحدهما ببيع أو شراء أو نكاح ، أو غير ذلك بدون صاحبه ألا بتوكيل منه .

أما أن قيد الموصى فى وصيته بلفظ أو قرينة باجتماع أو انفراد عمل به .

قال ابن عبد السلام ولم يجعلوا وصيته للثانى ناسخة للأول .

وان مات أحدهما أو اختلفا فى أمر كبيع أو شراء أو تزويج أو غير ذلك ،

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٤٦ الطبعة السابقة .

(٢) الآية رقم ١٢ من سورة النساء .

(٣) الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٥ ص ٤٤٦ ، ص ٤٤٧ الطبعة السابقة .

(٤) أنظر كتاب حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للعالم العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدى الشيخ محمد عليش ج ٤ ص ٤٥٣ ، ص ٤٥٤ طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢١٩ هـ .

فالحاكم ينظر فيما فيه الأصلح ، هل يبقى الحي منهما أو يجعل معه غيره في الأولى ، أو يرد فعل أحدهما دون الآخر ، أو يردهما معا في الثانية .

ولا يجوز لأحدهما ايصاء في حياته دون اذن صاحبه ، وأما باذنه فيجوز .

ولا يجوز لهما قسم المال بينهما ليستقل كل بقسم منه يتصرف فيه على حدته ، والا بأن اقتسماه ضمنا لما تلف منه ولو بسماوى للتفريط ، فيضمن كل ما تلف منه ، أو من صاحبه لرفع يده عما كان يجب وضعها عليه .

قال الدسوقى : وانما يضمن كل ماتلف منه ، لا ستقلاله بالنظر فيه ، مع أن الموصى أشركه مع غيره في النظر فيه ، فهو مقيد باستقلاله ، ويضمن أيضا كل ما تلف من صاحبه ، وذلك لتعديه برفع يده عما كان يجب وضعها عليه .

وما ذكره الشارح من ضمان كل ماتلف منه أو من صاحبه هو المعتمد .

وقيل : ان كل واحد يضمن ما هلك بيد صاحبه فقط ، دون ما هلك بيده ، ودرج عليه ابن الحاجب رحمه الله تعالى ، والقولان لعبد الملك .

وكلام الدردير يحتمل لكل من القولين .

والحاصل أن القولين متفقان على أن كل واحد يضمن ما سلمه لصاحبه .

والخلاف انما هو في ضمان كل منهما ما تلف بيده .

وفائدة ذلك أن كل واحد غريم بجميع المال أو بما قبضه صاحبه فقط .

وجاء في التاج[1] والاكليل : نقلا عن المدونة : من أوصى الى وصيين فليس لأحدهما بيع ، ولا شراء ، ولا نكاح ، ولا غيره دون صاحبه ، الا أن يوكله .

قال ابن عرفة رحمه الله تعالى : وسواء أوصى اليهما على سبيل المعية والشركة في زمان ، أو في زمانين .

وقوله الا أن يوكله زاد في الموازية الا مالا بد منه من الشيء التافه من الطعام ، ومالا بد منه مما يضر بهم تأخيره فهو خفيف اذا غاب الآخر وأبطأ .

وقال ابن سلمون رحمه الله تعالى : اذا كان هناك مشرف فما فعله الوصى بغير علم المشرف مضى ان كان سدادا ، فان أراد المشرف أن يرد السداد لم يكن له

---

(١) انظر كتاب مواهب الجليل شرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل للحطاب وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل لأبى عبدالله محمد بن يوسف الشهير بالمواق ج ٦ ص ٣٩٦ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٨ هـ الطبعة الأولى .

ذلك ، والمال لا يكون الا عند الوصى لاعند المشرف •

وقال ابن رشد رحمه الله تعالى : فليس نكاح أحد الوصيين بمنزلة انكاح الوصى دون اذن المشرف والمشرف ليس بوصى ، ولا ولى ، ولا له من ولاية العقد شىء ، انما له المشاورة التى جعلت له خاصة •

وقال ابن شاس رحمه الله تعالى : ان مات احدهما استقل الآخر •

قال ابن عبد السلام رحمه الله تعالى هذا بعيد فى الفقه •

قال ابن عرفة فى الموازية لابن القاسم أنه لو مات أحدهما ولم يوص ، فان كان الباقى بين العدالة والكفاءة لم يجعل القاضى معه غيره •

وروى محمد اذا عزل أحد الوصيين بجناية لم يجعل مع الآخر غيره •

وروى على أنه يجعل معه غيره ، ومال اليه سحنون •

وروى عن المدونة ان اختلف نظر السلطان •

وقال اللخمى أن رد السلطان ما فعله أحدهما صوابا اثبته وان كره الآخر •

ورشح البرزلى فى نوازله أن فعل فعلا لو رفع للحاكم لم يفعل غيره فانه يكون كأن الحاكم فعله وليس لأحدهما أيصاء •

قال عيسى للوصى أن يوكل فى حياته وعند موته قاله مالك وجميع أصحابه •

قال ابن رشد لاخلاف بينهم فيه انما الخلاف فى الوصيين المشترك بينهما فى الايصاء ، هل لأحدهما أن يوصى بما اليه من الوصية أم لا ؟ على ثلاثة أقوال •

الأول أن ذلك له ولو الى من ليس معه فى الوصية ، أتت الرواية بهذا عن مالك ، وهو ظاهر قوله فى المدونة ، وهو ظاهر قول عيسى •

الثانى : ليس له ذلك وهو الى من معه فى الوصية وهو ظاهر قول سحنون •

الثالث : أنه ليس له ذلك لا الى شريكه فى الايصاء ، وهو الذى تأوله الشيوخ على سحنون فى قوله فى المدونة •

وقال[1] ابن عات ان قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون اذن صاحبه لم يجز بيعه ويرده الآخر ويضمنه أن فات الا أن يكون شرط الموصى أن من عاقه عائق فالباقى منهما منفرد بالوصية ، ففعل أحدهما جائز وقت مغيب الآخر أو شغله من غير وكالة ولا ضمان عليه فيما فعل حينئذ •

قال الحطاب هذا على مذهب ابن الماجشون لسحنون •

---

(١) المرجع السابق من كتاب مواهب الجليل شرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل للحطاب ج ٦ ص ٣٩٦ الطبعة السابقة •

ومن أوصى(1) بشيء لانسان ثم أوصى به لآخر فانهما يشتركان فيه ، وكذلك لو أوصى لواحد بثلثه ، ثم أوصى لآخر اشتركا فيه ، وكذلك لو أوصى لواحد بالثلث ، ثم لآخر بالنصف أو بالجميع لاشتركا فى الثلث على نسبة الأجزاء .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية(2) المحتاج : أنه لو وصى اثنين وشرط عليهما الاجتماع أو اطلق بأن قال أوصيت اليكما أو الى فلان ، ثم قال ولو بعد مدة أوصيت الى فلان .

وظاهر كلامهم هنا عدم الفرق بين علمه بالأول وعدمه وعليه فيفرق بين هذا ونظيره السابق قبل الفصل بأن الاجتماع هنا ممكن مقصود للموصى ، لأن فيه مصلحة له ، وثم اجتماع الملكين على الموصى به وهو متعذر والتشريك خلاف مدلول اللفظ فتعين النظر للقرينة ، وهى وجود علمه وعدمه .

ولو قال أوصيت اليه فيما أوصيت فيه لزيد ، كان رجوعا لم ينفرد أحدهما فيما اذا قبلا بالتصرف ، عملا بالشرط فى الأول ، واحتياطا فى الثانى ، فلابد من اجتماعهما فيه ، بأن يصدر عن رأيهما ، أو يأذنا لثالث فيه .

ومحل ذلك فيما يتعلق بالطفل وماله وتفرقة وصية غير معينة وقضاء دين ليس فى التركة جنسه ، بخلاف رد وديعة وعارية ومغصوب وقضاء دين فى التركة جنسه ، فلكل الانفراد به ، لأن لصاحبه الاستقلال بأخذه ، وقضية الاعتداد به . ووقوعه موقعه اباحة الاقدام عليه وهو الأوجه وان بحثا خلافه .

ولو اختلف وصيا التصرف المستقلان فيه نفذ تصرف السابق ، أو غير المستقلين فيه الزما العمل بحسب المصلحة التى رآها الحاكم ، فان امتنع أو احدهما أو خرجا أو احدهما عن أهليه التصرف أناب عنهما ، أمينين أو أمينا ، أو فى التصرف أوفى الحفظ والمال مما لا ينقسم استقلا أولا تولاه الحاكم فان انقسم قسمه بينهما .

ولكل التصرف بحسب الاذن ، فان تنازعا فى عين النصف المحفوظ أقرع بينهما ، فان نص على اجتماعهما فى الحفظ لم ينفرد أحدهما بحال الا أن صرح به أى الانفراد فيجوز حينئذ كالوكالة .

وكذا لو قال الى كل منكما أو كل منكما وصيى فى كذا ، أو أنتما وصياى فى كذا .

ويفرق بين هذا وأوصيت اليكما ، بأنه

---

(1) كتاب مواهب الجليل شرح مختصر ابى الضياء سيدى خليل للحطاب ج ٦ ص ٣٧٢ الطبعة السابقة .

(2) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشبراملسى عليه وبهامشه المغربى ج ٦ ص ١٠٧ طبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

هنا أثبت لكل وصف الوصايا ، فدل على الاستقلال بخلافه .

ثم لو جعل عليه أو عليهما مشرفا أو ناظرا لم يثبت له تصرف ، وانما يتوقف على مراجعته كما فى البحر قال الأذرعى الا فى نحو شراء يقل مما لا يحتاج لنظر .

وجاء فى موضع[1] آخر : أنه يدخل فى وصية الفقراء المساكين وعكسه .

والمراد بهما هنا ما يأتى فى قسم الصدقات فيتعين المسلمون ، فما وصى به لأحدهما يجوز دفعه الى الآخر ، لأنهما اذا افترقا اجتمعا ، واذا اجتمعا افترقا .

ويجوز النقل هنا الى غير فقراء بلد المال ، لأن الاطماع اليها لا تمتد كامتدادها فى الزكاة والوصية لليتامى ، أو الأرامل ، أو الأيامى ، أو العميان ، أو الحجاج ، أو الزمنى ، أو أهل السجون ، أو الغارمين ، أو لتكفين الموتى ، أو حفر قبورهم تقتضى اشتراط فقرهم ، وان استبعده الأذرعى فى الحجاج .

(1) نهاية المحتاج الى شرح الفاظ المنهاج لشمس الدين محمد أبى العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملى المنوفى المصرى الأنصارى الشهير بالشافعى الصغير على حاشية أبى الضياء نور الدين على بن على الشبراملسى القاهرى المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ وبالهامش حاشية أحمد بن عبد الرازق بن محمد بن احمد المعروف بالمغربى الرشيدى المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ ج ٦ ص ٧٨ وما بعدها طبع مطبعة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده سنة ١٣٥٧ هـ ، سنة ١٩٣٨ م .

ووجه اعتباره فيهم أن الحج يستلزم السفر بل طوله غالبا وهو يستلزم الحاجة غالبا ، فكان مشعرا بالفقر ، فلذا اختص بفقرائهم ، واليتيم صغير لا أب له ، والأيم لا يشترط فيها تقدم زوج ، ويشتركان فى اشتراط الخلو عن الزوج حالا .

ولو أوصى للأرامل أو الأبكار أو الثيب لم يدخل فيهن الرجال وأن لم يكن له زوجات أو للعزاب صرف لرجل لا زوجة له .

ولا تدخل المرأة الخلية فى أوجه الرأيين .

ولو جمعهما أى النوعين فى وصية شرك الموصى به بينهما أى شركه الوصى ان كان ، والا فالحاكم نصفين ، فيحمل نصف الموصى به للفقراء ، ونصفه للمساكين كما فى الزكاة ، ولا يقسم ذلك على عدد رءوسهم ، ولا يجب استيعابهم بل يستحب عند الامكان .

بخلاف ما لو أوصى لبنى زيد وبنى عمرو حيث يقسم على عددهم ولا ينصف .

وأقل كل صنف من الفقراء والمساكين مثلا حيث لم يقيدوا بمحل أو قيدوا به وهم غير محصورين ثلاثة لأنها أقل الجمع .

ثم قال[2] : أنه يفرق بين الوصية للوراث وغيره بأنه لو أوصى بشى لزيد ثم به

(2) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج وحاشية الشبراملسى ج ٦ ص ٩٤ الطبعة السابقة .

لعمرو ، ومثله ما لو أوصى بحامل لزيد ، وبحملها لعمرو أو عكس ، وقلنا ، بأن الوصية تستتبع الحمل ، فانه يشرك بينهما ، لاحتمال نسيانه للأولى ، بأن الثانى هنا لما ساوى الأول فى كونه موصى له ، وطارئا استحقاقه ، لم يكن ضمه اليه صريحا فى رفعه فأثر فيه احتمال النسيان ، وشركنا لعدم المرجح ، بخلاف الوارث ، فانه مغاير له ، واستحقاقه أصلى ، فكان ضمه اليه رافعا لقوته .

ولو أوصى بشىء[1] لزيد ، ثم لعمرو وشرك بينهما لأن الجملة اثنان ونسبة كل اليها النصف ، فهو على طبق ما يأتى عن الشيخين ، وان وهم فيه بعضهم زاعما أن محل التشريك هنا هو محل الرجوع ، نظير ما يأتى عن الاسنوى ، فاذا رد أحدهما أخذ الآخر الجميع .

بخلاف ما لو أوصى به لهما ابتداء فرد أحدهما يكون النصف للوارث دون الآخر ، لأنه لم يوجب له سوى النصف نصا .

ولو أوصى بها لواحد ، ثم بنصفها لآخر كانت أثلاثا ثلثاها للأول ، وثلثها للثانى .

وما ادعاه الاسنوى من أن هذا غلط، وأن الصواب أنها أرباع بناء على أن محل التشريك هو محل الرجوع هو الغلط ، لأن المرعى عندهم فى ذلك طريقة العول ، بأن يقول معنا مال ونصف مال ، فيضم النصف الى الكل ، فتكون الجملة عندهم ثلاثة ، تقسم على النسبة ، فيكون لصاحب المال ثلثاه ، ولصاحب النصف الثلث ، وقد ذكرها الشيخان فى القسم الثانى فى حساب الوصايا .

ويستأنس لهذا من القرآن الكريم ، بأن الله تبارك وتعالى جعل للابن اذا انفرد جميع المال ، وللبنت اذا انفردت النصف ، فاذا اجتمعا أخذ الابن قدرها مرتين ، فكذلك قلنا ، يعطى الموصى له بالجميع الثلثين ، والموصى له بالنصف الثلث .

هذا هو الصواب .

والذى فى المهمات سهو .

وقد يجمع بينهما بأن كلام الاسنوى عند احتمال ارادة الموصى التشريك بينهما ، وكلام الشيخين عند انتفائه .

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع[2] أنه اذا أوصى شخص الى واحد وأوصى بعده الى آخر فهما وصيان ، ولم يكن ذلك عزلا

(١) المرجع السابق لشمس الدين محمد أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى وحاشية الشبراملسى عليه ج ٦ ص ٩٧ الطبعة السابقة .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع للعلامة الشيخ منصورين أدريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الارادات للشيخ منصور بن يونس البهوتى ج ٢ ص ٥٣٤ ، ص ٥٣٥ ، ص ٥٣٦ طبع المطبعة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣٢٩ هـ الطبعة الأولى .

للأول ، لأن اللفظ لا يدل عليه مطابقة ولا تضمنا ، ولا يستلزمه ، فان الجمع ممكن كما لو أوصى اليهما جميعا فى حالة واحدة الا أن يقول قد أخرجت الأول فان قاله أو نحوه مما يدل عليه انعزل ، لحصول مقصود العزل ممن يملكه .

وليس لأحد الوصيين الانفراد بالتصرف، لأن الموصى لم يرض الا بتصرفهما ، وانفراد أحدهما يخالف ذلك ، الا أن يجعل الموصى التصرف لكل منهما ، فلكل منهما الانفراد حينئذ ، لرضا الموصى بذلك ، أو يجعل التصرف لأحدهما ، واليد للآخر ، فيصح تصرفه منفردا ، عملا بالوصية ، واذا أرادا التصرف ، فالظاهر أن المراد باجتماعهما ليس معناه تلفظهما بصيغ العقد ، معا بل صدور التصرف عن رأيهما واجتهادهما .

ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما التصرف وحده ، أو يباشره الغير باذنهما .

ولا يشترط أن يوكل أحدهما الآخر .

وان اختلفا فى شىء وقف الأمر حتى يتفقا

وان مات أحدهما ، أو جن ، أو غاب ، أو وجد منه ما يوجب عزله كسفه وعزله نفسه ، ولم يكن الموصى جعل لكل منهما الانفراد بالتصرف ، أقام الحاكم مقام الميت أو المجنون ونحوه أمينا ، ليتصرف مع الآخر .

وأن أراد الحاكم أن يكتفى بالباقى منهما لم يجز له الاكتفاء به ، لأن الموصى لم يكتف بأحدهما ، فلا يقتصر عليه ، اذ الوصية تقطع نظر الحاكم واجتهاده .

فان جعل الموصى لكل منهما الانفراد بالتصرف ، أو جعل التصرف لأحدهما صح تصرفه منفردا .

فان مات أحدهما ، والحالة هذه لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه ، أو خرج أحدهما عن أهلية التصرف ، والحالة هذه لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه ، واكتفى بالباقى منهما ، لرضا الموصى به الا أن يعجز الباقى عن التصرف وحده ، فيضم الحاكم اليه أمينا يعاونه .

ولو حدث لأحدهما عجز ، لضعف ، أو كثرة عمل ونحوه ، ولم يكن لكل واحد منهما التصرف منفردا ، ضم الحاكم أمينا لمن عجز يعاونه ، والوصى هو الأول .

واذا اختلف الوصيان وليسا مستقلين عند من يجعل المال منهما ، بأن طلب كل أن يكون المال تحت يده ، أو يد الآخر لم يجعل المال عند واحد منهما ، لعدم رضا الموصى بذلك ، ولم يقسم المال بينهما ، لأن من لوازم الشركة فى التصرف الشركة فى الحفظ ، لأنه مما وصى به ، فلا يستقل ببعض الحفظ ، كما لا يستقل ببعض التصرف ، وجعل المال فى مكان تحت أيديهما لكل واحد منهما عليه نحو قفل ، فان تعذر ذلك ختما عليه ودفع الى أمين القاضى ، وان كانا مستقلين احتمل ذلك ، واحتمل القسمة ، ذكره الحارثى .

وان نصب الموصى وصيا ونصب الموصى عليه ناظرا يرجع الوصى الى رأيه ، ولا يتصرف الوصى الا باذنه جاز .

قلت : فان خالف لم ينفذ تصرفه ، لأن الموصى لم يرض برأيه وحده .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم (١) فى المحلى : لا تجوز الوصية لميت ، لأن الميت لا يملك شيئا .

فمن أوصى لحى ثم مات بطلت الوصية له .

فان أوصى لحى ولميت جاز ، نصفها للحى وبطل نصف الميت .

وكذلك لو أوصى لحيين ثم مات أحدهما جازت للحى فى النصف ، وبطلت حصة الميت ، وهو قول على بن أبى طالب كرم الله وجهه وغيره .

مذهب الزيدية :

قال صاحب (٢) التاج المذهب : اعلم أن المشارف مع الوصى لو قال الموصى وفلان مشارف معك أو عليك وكذا الرقيب والمهيمن والمشروط علمه ورأيه واستشارته وصى مع ذلك الوصى المأمور بالتصرف فهما معا وصيان كما لو قال أوصيت اليكما معا لا المشروط حضوره ، أو شهادته ، أو اطلاعه ، فانه لا يكون وصيا ، لأن هذا اللفظ لا يفيد الا الشهادة لا غيره ، وأما حضوره فلابد منه .

فان امتنع أو مات بطلت الوصية .

واذا أسند وصايته الى شخصين أو وصى ومشارف ، أو رقيب كان لكل منهما أن ينفرد بالتصرف فيما يتعلق بتركة الميت مما تناوله أمره من قبض أو اقباض ، اذ هو وصى مستقل .

ولو تصرف فى حضرة الآخر جاز ومع غيبته أولى .

الا أن يشرط الموصى الاجتماع فى تصرفهما عنه فلا يصح تصرف المنفرد منهما ، لمخالفته ما أمر به ، فان فعل بقى موقوفا على اجازة الآخر ، اذ لابد أن يكونا مجتمعين على التصرف ، أو فى حكم المجتمعين ، بأن يوكل أحدهما فى انفاذ ذلك التصرف .

فان غاب أحدهما أو تمرد أو تعذرت مواصلته تأخر تصرف الآخر حتى يمكن اجتماعهما .

---

(١) المحلى للامام محمد بن على بن سعيد بن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٣٢٢ مسألة رقم ١٧٥٥ طبع مطبعة ادارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥٠ هـ الطبعة الأولى لمحمد بن عبده اغا الدمشقى .

(٢) أنظر كتاب التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار للقاضى العلامة أحمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٤ ص ٣٨٨ ، ص ٣٨٩ الطبعة الأولى طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٦٦ هـ .

وأما لو مات أحدهما بطلت ولاية الآخر الا أن يوصى اليه الميت أو الى غيره ، لأنه يقوم مقامه •

وقال فى البحر ، أما فى رد الوديعة والمغصوب فلا يجب الاجتماع ولو شرط الموصى ، لأنه لا يحتاج الى ولاية •

وهكذا لو قال سلما هذه الدراهم الى زيد عن زكاتى لم يشترط الاجتماع وصح من أحدهما •

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة[1] البهية : أنه تصح الوصية الى الصبى منضما الى كامل ، لكن لا يتصرف الصبى حتى يكمل فينفرد الكامل قبله ، ثم يشتركان فيها مجتمعين •

نعم لو شرط عدم تصرف الكامل الى أن يبلغ الصبى اتبع شرطه •

وحيث يجوز تصرف الكامل قبل بلوغه لا يختص بالضرورى ، بل له كمال التصرف وانما يقع الاشتراك فى المتخلف •

ولا اعتراض للصبى بعد بلوغه فى نقض ما وقع من فعل الكامل موافقا للمشروع ، والى المرأة والخنثى عندنا مع اجتماع الشرائط لانتفاء المانع •

وقياس الوصية على القضاء واضح الفساد ، لأن القضاء ولاية عامة ولا ولاية لها والوصايا ولاية خاصة •

ويصح تعدد الوصى فيجتمعان لو كانا اثنين فى التصرف بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وان باشر أحدهما ، الا أن يشترط لهما الانفراد فيجوز حينئذ لكل واحد منهما التصرف بمقتضى نظره •

فان تعاسرا فأراد أحدهما نوعا من التصرف ومنعه الآخر صح تصرفهما فيما لابد منه ، كمؤنة اليتيم ، والدابة ، واصلاح العقار ووقف غيره على اتفاقهما

وللحاكم الشرعى اجبارهما على الاجتماع من غير أن يستبدل بهما مع الامكان ، اذ لا ولاية له فيما فيه وصى •

فان تعذر عليه جمعهما استبدل بهما تنزيلا لهما بالتعذر منزلة المعدوم ، لاشتراكهما فى الغاية ، كذا أطلق الأصحاب •

وهو يتم مع عدم اشتراط عدالة الوصى أما معه فلا ، لأنهما بتعاسرهما يفسقان لوجوب المبادرة الى أخراج الوصية مع الامكان ، فيخرجان بالفسق عن الوصاية ، ويستبدل بهما الحاكم ، فلا يتصور اجبارهما على هذا التقدير •

---

(١) انظر كتاب الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد الجبعى العاملى ج ٢ ص ٦٠ وما بعدها طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٧٩ هـ •

وكذا لو لم نشترطها وكانا عدلين لبطلانها بالفسق حينئذ على المشهور •

نعم لو لم نشترطها ، ولا كانا عدلين أمكن اجبارهما مع التشاح ، وليس لهما قسمة المال ، لأنه خلاف مقتضى الوصية من الاجتماع فى التصرف •

ولو شرط لهما الانفراد ففى جواز الاجتماع نظر ، من أنه خلاف الشرط فلا يصح ، ومن أن الاتفاق على الاجتماع يقتضى صدوره عن رأى كل واحد منهما وشرط الانفراد اقتضى الرضا برأى كل واحد وهو حاصل ان لم يكن هنا آكد •

والظاهر أن شرط الانفراد رخصة لهما لا تضييق •

نعم لو حصل لهما فى حال الاجتماع نظر مخالف له حال الانفراد توجه المنع ، لجواز كون المصيب هو حالة الانفراد ، ولم يرض الموصى الا به •

ولو نهاهما عن الاجتماع اتبع قطعا عملا بمقتضى الشرط الدال صريحا على أن النهى عن الاجتماع فيتبع •

ولو جوز لهما الأمرين ، الاجتماع والانفراد أمضى ما جوزه ، وتصرف كل منهما كيف شاء من الاجتماع والانفراد •

فلو اقتسما المال فى هذه الحالة جاز بالتنصيف والتفاوت حيث لا يحصل بالقسمة ضرر ، لأن مرجع القسمة حينئذ الى تصرف كل منهما فى البعض وهو جائز بدونها •

ثم بعد القسمة لكل منهما التصرف فى قسمة الآخر وان كانت فى يد صاحبه ، لأنه وصى فى المجموع فلا تزيل القسمة ولايته فيه •

ولو ظهر من الوصى المتحد أو المتعدد على وجه يفيد الاجتماع عجز ضم الحاكم اليه معينا ، لأنه بعجزه خرج عن الاستقلال المانع من ولاية الحاكم وبقدرته على المباشرة فى الجملة لم يخرج عن الوصاية ، بحيث يستقل الحاكم فيجمع بينهما بالضم •

ومثله ما لو مات أحد الوصيين على الاجتماع •

أما المأذون لهما فى الانفراد فليس للحاكم الضم الى أحدهما بعجز الآخر لبقاء وصى كامل •

وبقى قسم آخر وهو ما لو شرط لأحدهما الاجتماع وسوغ للآخر الانفراد فيجب اتباع شرطه فيتصرف المستقل بالاستقلال ، والآخر مع الاجتماع خاصة •

وقريب منه ما لو شرط لهما الاجتماع موجودين وانفراد الباقى بعد موت الآخر ، أو عجزه فيتبع شرطه •

وكذا يصح شرط مشرف على أحدهما بحيث

لا يكون للمشرف شيء من التصرفات وانما يصدر عن رأيه ، فليس للوصى التصرف بدون اذنه مع الامكان ، فان تعذر ولو بامتناعه ضم الحاكم الى الوصى معينا كالمشروط له الاجتماع على الأقوى ، لأنه فى معناه حيث لم يرض برأيه منفردا .

وكذا يجوز اشتراط تصرف أحدهما فى نوع خاص ، والآخر فى الجميع منفردين ومجتمعين على ما اشتركا فيه .

ولو خان الوصى المتحد ، أو أحد المجتمعين أو فسق بغير الخيانة عزله الحاكم ، بل الأجود انعزاله بذلك من غير توقف على عزل الحاكم ، لخروجه عن شرط الوصاية ، وأقام الحاكم مكانه وصيا مستقلا ان كان المعزول واحدا ، أو منضما الى الباقى ان كان أكثر .

وجاء فى موضع [١] آخر : أنه لو قال أعطوا زيدا والفقراء فلزيد النصف ، لأن الوصية لفريقين فلا ينظر الى أحدهما كما لو أوصى لشخصين أو قبيلتين .

وقيل الربع ، لأن أقل الفقراء ثلاثة من حيث الجمع وان كان جمع كثرة لما تقدم من دلالة العرف واللغة على اتحاد الجمعين .

فاذا أشرك بين زيد وبينهم بالعطف كان كأحدهم .

ويضعف بأن التشريك بين زيد والفقراء لا بينه وبين آحادهم ، فيكون زيد فريقا والفقراء فريقا آخر .

وفى المسألة وجه ثالث وهو أن يكون زيد كواحد منهم ، لأنهم وان كانوا جمعا يصدق بالثلاثة لكنه يقع على ما زاد ، ولا يتعين الدفع الى ثلاثة بل يجوز الى ما زاد أو يتعين حيث يوجد فى البلد .

ومقتضى التشريك أن يكون كواحد منهم وهو أمتن من السابق وان كان الأصح الأول .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح[٢] النيل : أنه جاء فى الأثر من أوصى الى وصيين أو أكثر ، ولم يجعل لأحدهم ما لجملتهم فليس له أن ينفذ الا برأيهم أو حضرتهم وقيل لكل أن ينفذ الثلث أن كانوا ثلاثة وهكذا وان جعل لكل مالهم كان له .

ويجوز أمر الواحد فى ذلك وان لم يقل الا أنهم أوصياؤه كان التصرف عن الكل .

وان جعل لهم التصديق فيما أوصى به فمات أحدهم بطل .

وان اختلف الوصيان كان نصف المال عند كل .

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعى العاملى ج ٢ ص ٥٧ وما بعدها طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٤٣٤، ٤٣٥ وما بعدها طبع مطبعة صاحب الامتياز يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

وقيل بأتمنان عليه غيرهما لا أحدهما الا أن تراضيا •

وفي اجازة أيصاء الوصي فيما أوصى اليه غيه قولان •

وأن أوصى أحدهما الآخر فمجيز أيصاء الوصي يقول : ان الباقي منهما وصى في الكل •

ومانعه بأمر الحاكم أن يقيم معه وكيلا •

ومن أوصى الى رجلين فمات أحدهما أقام مكانه آخر ، ولا يجوز تصرف أحدهما وحده ، الا فيما لابد منه أن لو غاب أحدهما •

وقيل : لا الا باذن الآخر أو الحاكم، وذلك كاحتياج الايتام الى مأكل أو ملبس أو نحوهما •

ومن قال فلان وصى الى أن يقدم فلان فالوصية اليه كان كما أوصى •

ومن جعل وصيين ولكل منهما في وصيته ما جعله لهما ، وحيهما عن ميتهما، وشاهدهما عن غائبهما بلفظ ثابت ثبت عليه •

وان لم يجعل لهما ذلك فلا حجة لهما الا بمحضرهما •

وقيل : لكل حجة في انفاذ النصف •

والأول أصح •

وأن قام به أحدهما بأمر الآخر جاز اجماعا •

وان مات أحدهما فللحى أن يقوم بالكل ولو لم يجعل لهما •

وقيل لا الا أن اقام له الحاكم أو الجماعة وكيلا معه •

وقيل : له انفاذ النصف فيما يتجزأ •

والأول أحوط •

والأوسط أصح •

والأخير جائز •

وان قال لأوصيائه أجزت لكم ما للأوصياء ، أو أجزت لكم ما جاز لى أن أجيزه لكم لم يجز لأحدهم انفاذها الا عن رأيهم •

وأن قال أجزت لكل منكم ما لجميعكم من الانفاذ جاز لكل •

ومن أوصى لرجلين ولم يتفقا ، لم يجز لأحدهما انفاذ النصف وترك الأخر لاشتراكهما فيه ، الا أن جعل لكل مالهما فينفذ كل ما قدر عليه •

وان شهدا أنه أوصى الى ثالث معهما ردت شهادتهما على الثالث ويدخله الحاكم معهما •

وجاء في موضع آخر [1] : وعلى الأوصياء

---

(١) المرجع السابق لمحمد بن يوسف اطفيش ج ٦ ص ٤٣٢ الطبعة السابقة .

تنفيذ وصية الميت ، والا يفعلوا ما نهاهم عنه فان فعلوا مانهاهم عنه ضمنوا ، وان فعله بعضهم ضمن .

وان غاب أحد الوصيين ولو بعد موت الموصى ، أو جن ، أو حل به مانع من الانفاذ أرتقبه رفيقه ، سواء كان المال بيده أم لا حتى يزول المانع ، وهو القدوم من الغيبة ، أو الافاقة من الجنون ، ونحو ذلك .

وقيل ينفذ نصفه .

وقيل الكل ولا يرتقبه .

وأن جحد أحدهما (١) صاحبه أن يكون خليفة معه ولا بيان للجحود أنفذ المجحود النصف فيما أمكنت قسمته كالكفارة والزكاة ، لا فيما لم تمكن قسمته كالحج والعتق حتى يتفقا ، فانه لا ينفذ الجزء ، فلو أنفذ الكل جاز ، وذلك لأنه عالم بأنه خليفة مع جاحده فساغ له انفاذ نصيبه .

وأن كانوا ثلاثة فصاعدا أنفذ المجحود نصيبه ، ولا ضمان على المجحود وان تلف المال ، لأنه معذور اذا كان مجحودا ولا بينة له الا أن ضيعها فعليه الضمان كجاحده ، ولزم الضمان صاحبه وهو الجاحد .

وجوز للمجحود انفاذ الكل أن وصل اليه ، لأن له انفاذ النصف ولم يصل اليه لجحود غيره له ولو ما لا يقبل القسمة كالحج والعتق وانما يمنع من تجزئته فقط على هذا القول ، لا من انفاذه كله .

وان تاب الجاحد لزمه الانفاذ أى نفاذ نصيبه من ماله .

بل قد يقال أنه ينفذ الكل اذا عطل حتى أنفذ الآخر .

وبرىء ان أجاز لصاحبه بعد التوبة فعله ولم يغرمه وان غرمه لما أنفذ من التركة أو لم يضمن له ما أنفذه من ماله لم يبرأ فلينفذ .

رابعا ــ الاشراك فى الوكالة

مذهب الحنفية :

جاء فى بدائع الصنائع(٢) : اذا وكل الموكل وكيلين فهل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به ؟

أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ، ولو فعل لم يجز حتى يخبر صاحبه ، أو الموكل ، لأن البيع

(١) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٤٣٣ طبع مطبعة يوسف البارونى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ .

(٢) انظر كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لأبى بكر بن مسعود الكاسانى ج ٦ ص ٣٢ وما بعدها الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧ هـ طبع مطبعة المطبوعات العلمية بمصر .

مما يحتاج فيه الى الرأى ، والموكل انما رضى برأيهما ، لا برأى أحدهما ، واجتماعهما على ذلك ممكن ، فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه .

وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن ، وسواء كان الوكيل الآخر غائبا أو حاضرا الا أن فى الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشترى ، ولا يقف على الاجازة .

وفى البيع يقف على الاجازة .

وكذلك الوكيلان بالنكاح ، والطلاق على مال ، والعتق على مال ، والخلع ، والكتابة ، وكل عقد فيه بدل هو مال ، لأن كل ذلك مما يحتاج الى الرأى ، ولم يرض برأى أحدهما بانفراده .

وكذا ما خرج مخرج التمليك بأن قال الرجلين جعلت أمر امرأتى بيدكما ، أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطليق ، لأنه جعل أمر اليد تمليكا ، ألا ترى أنه يقف على المجلس ، والتمليكات هى التى تختص بالمجلس ، والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال : طلقا امرأتى ان شئتما ، وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه ، لأن المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما ، فكذا هذا .

وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما أن يقبض دون صاحبه ، لأن قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والأمانة ، وقد فوض الرأى اليهما جميعا لا الى أحدهما ، ورضى بأمانتهما جميعا ، لا بأمانة أحدهما ، فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه ، فيقع فى أيديهما جميعا ، أو يصل الى الموكل ، لأنه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض ، فصار كأنهما قبضاه جميعا ابتداء .

وأما الوكيلان بالطلاق على غير مال ، والعتق على غير مال ، والوكيلان بتسليم الهبة ، ورد الوديعة ، وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به ، لأن هذه التصرفات مما لا يحتاج الى الرأى فكان أضافة التوكيل اليهما تفويضا للتصرف الى كل واحد منهما بانفراده .

وأما الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة .

وعند زفر لا ينفرد .

وجه قوله أن الخصومة مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما ، فلا يملكها أحدهما دون الآخر .

وجه قول أصحابنا الثلاثة أن الغرض من الخصومة اعلام القاضى بما يملكه المخاصم واستماعه ، واجتماع الوكيلين على ذلك لا يخل بالاعلام والاستماع ، لأن ازدحام الكلام يخل بالفهم ، فكان أضافة التوكيل

اليهمـا تفويضـا بالخصـومة الى كل واحـد منهمـا ، فأيهمـا خاصـم كان تمثيلا ، الا أنه لا يملك أحدهمـا القبض دون صـاحبه ، وان كان التـوكيل بالخصـومة يملك القبض عنـدنا ، لأن اجتماعهمـا على القبض ممكن فلا يكون راضيا بقبض أحدهمـا بانفراده .

وأمـا المضـاربان فـلا يملك أحدهمـا التصرف بدون اذن صـاحبه اجماعا .

وفى الوصيين خـلاف بين أصـحابنا نذكره فى كتـاب الوصـية والله تعـالى أعلم .

وهل للوكيل أن يملك الحقوق جملة ؟ الكلام فيـه أن الموكل به نوعان .

نوع لا حقـوق له الا ما أقـر به الموكل كالوكيل بتقـاضى الـدين والتوكيل بالملازمة ونحـوه .

ونوع له حقـوق كالبيـع والشراء والنكاح والخلع ونحـوه .

مذهب المالـكية :

جاء فى حاشية [1] الدسـوقى والشـرح الكبير عليـه : أنه منـع توكيـل الوكيل غير المفوض على مـا وكل فيـه ، لأن الموكـل لم يرض الا بأمانتـه الا أن يـكون الـوكيل لا يليق به تولى ما وكل عليـه بنفسه كوجيه فى حقـير ، فله التـوكيل حيث عـلم الموكل بوجاهتـه ، أو اشـتهر الوكيل بهـا ، والا فليس له التوكيل .

وضـمن أن وكل لتعـديه أو الا أن يكثر فهـو عطف على لا يليق فيوكل من يشـاركه فى الكثير الذى وكل فيـه ليعينه عليـه ، لا أنه يوكل غيره اسـتقلالا .

وحيث جـاز له التـوكيل فـلا ينعـزل الثـانى بعـزل الوكيل الأول ، ولا بموته ، فهو من اضـافة المصـدر للمفعـول .

أى اذا عـزل الأصـيل وكيله فـلا ينعـزل وكيل الوكيـل .

وينعـزل كل منهمـا بموت الأول وله عـزل كل منهمـا .

أمـا الوكيل المفوض فله التوكيـل مطلقا .

وجـاء فى الحطـاب [2] : أنه يمتنـع توكيل الوكيل الا اذا كان الشىء الموكل فيـه لا يليق بالوكيل تعـاطيه ، فيجـوز له أن يوكل مـن يتعاطاه أو يـكون الموكل فيـه كثيرا يعـلم

---

(١) انظر كتـاب حاشـية الدسـوقى على الشرح الكبير للعالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسـوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعـلامة المحقق سـيدى عليش ج ٣ ص ٣٨٨ طبع مطبعة دار احيـاء الكتب العربية لأصحابهـا عيسى البـابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢١٩ هـ .

(٢) انظر كتـاب مواهب الجليـل لشـرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب فى كتـاب مع التاج والاكليل ج ٥ ص ٢٠١ وما بعدها الطبعة الأولى سـنة ١٣٢٨ هـ طبع مطبعة السعادة بمصر .

بقرينة العادة أن الموكل لا يستقل بالتصرف فيه فيجوز له أن يوكل من يعينه •

قال ابن عبد السلام وهذه القرينة تسوغ له الاستعانة ، ولا تسوغ له أن يجعل وكيلا ، أو وكلاء ينظرون فيما كان ينظر فيه ، والقرينة الأولى تسوغ ذلك •

ثم قال ويكون للوكيل الأعلى النظر على من تحته ونحوه فى التوضيح •

واعلم أن هذا فى الوكيل المخصوص •

أما المفوض فله التوكيل •

قال ابن الحاجب : الوكيل بالتعيين لا يوكل الا فيما يليق به ولا يستقل لكثرته •

قال فى التوضيح احترز بالتعيين من المفوض ، فان له ان يوكل على المعروف •

وحكى فى البيان قولا أنه لا يوكل •

قال : والأظهر أن له ذلك ، لأن الموكل أحله محل نفسه ، فكان كالوصى •

وكلام ابن رشد الذى أشار اليه فى نوازل عيسى من كتاب الوكالة ونصه : لا اختلاف أحفظه فى أن الوكيل على شىء مخصوص لا يجوز له أن يوكل •

ثم قال وأما الوكيل المفوض اليه فى جميع الأشياء فلا أحفظ فى أنه هل له أن يوكل أولا قولا منصوصا لأحد العلماء المتقدمين •

وكان الشيوخ المتأخرون يختلفون فيها •

والأظهر أن له أن يوكل •

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج[1] : أنه ليس لوكيل أن يوكل بلا اذن ان تأتى منه ما وكل فيه ، لأن الموكل لم يرض بتصرف غيره ، ولا ضرورة كالمودع لا يودع وشمل كلامه ما لو أراد ارسال ما وكل فى قبضه من دين مع بعض عياله أن فعله خلافا للجوزى •

وعلى رأيه يشترط فى المرسل معه كونه أهلا للتسليم ، بأن يكون رشيدا •

ويؤخذ من تعليلهم منع التوكيل بما ذكر عدم الفرق بين وكلتك فى بيعه ، وفى أن تبيعه ، وهو كذلك كما هو مقتضى اطلاق المصنف •

خلافا للسبكى حيث فرق بينهما فجوز التوكيل مطلقا فى الأول ، دون الثانى •

وان لم يتأت ما وكل فيه منه ، لكونه لا يحسنه أو لا يليق به أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتمل فى العادة كما هو واضح فله التوكيل عن موكله دون نفسه ،

(١) انظر كتاب نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين بن شهاب الدين الرملى الشهير بالشافعى الصغير فى كتاب مع حاشية الشبراملسى عليه وبهامشه المغربى ج ٥ ص٣٨، ص ٣٩ ، ص ٤٠ طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

لأن التفويض لمثله انما يقصد به الاستتابة •

ومن ثم لو كان الموكل جاهلا بحاله أو اعتقد خلاف حاله امتنع توكيله كما أفهمه كلام الرافعى •

وقال الاسنوى أنه ظاهر •

ويأتى مثله فى قوله ولو كثر الموكل فيه وعجز الوكيل عن الاتيان بكله فالمذهب أن يوكل عن موكله فقط ، فلو وكل عن نفسه لم يصح أو أطلق وقع عن الموكل فيما زاد على الممكن دون غيره ، لأنه المضطر اليه ، بخلاف الممكن ، أى فى العادة بأن لا يكون فيه كبير مشقة لا تحتمل غالبا فيما يظهر وفى كلام مجلس ما يقارب ذلك وتزييف مقابله القائل بأن المراد عدم تصور القيام بالكل مع بذل المجهود ولو طرأ العجز لطرو نحو مرض أو سفر امتنع توكيله كما فى المطلب •

وكطرو العجز ما لو جهل الموكل حال توكيله ذلك كما يؤخذ مما مر آنفا عن الاسنوى •

فان كان التوكيل فى حال علمه بسفره أو مرضه جاز له ذلك •

ولو اذن الموكل فى التوكيل وقال للوكيل وكل على نفسك ففعل فالثانى وكيل الوكيل على الأصح ، لأنه مقتضى الاذن •

وللموكل عزله أيضا كما أفهمه جعله وكيل وكيله ، اذ من ملك عزل الأصل ملك عزل فرعه بالأولى •

وعبارة المصنف تفهم ذلك أيضا فلا اعتراض عليه •

والأصح على الأصح السابق أنه أى الثانى ينعزل بعزله أى الأول اياه وانعزاله بنحو موته أو جنونه أو عزل الموكل له ، لأنه نائبه وينعزل بغير ذلك •

والثانى لا ينعزل بذلك بناء على أنه وكيل عن الموكل •

وان قال وكل عنى وعين الوكيل أو لا ، ففعل فالثانى وكيل الموكل ، لأنه مقتضى الاذن •

وكذا ان أطلق بأن لم يقل عنك ولا عنى فى الأصح اذ توكيله للثالث تصرف تعاطاه باذن الموكل فوجب وقوعه عنه •

والثانى أنه وكيل الوكيل ، وكأنه قصد تسهيل الأمر عليه •

كما لو قال الامام أو القاضى لنائبه استنب فاستناب فهو نائب عنه لا عن منيبه •

وفرق الأول بأن الوكيل ناظر فى حق موكله فحمل الاطلاق عليه ، وتصرفات القاضى للمسلمين فهو نائب عنهم ولذا نفذ حكمه لمستنيبه •

وعليه فالغرض بالاستنابة معاونته وهو راجع له .

قلت وفى هاتين الصورتين ، وهما اذا قال عنى أو أطلق لا يعزل أحدهما الآخر ، ولا ينعزل بانعزاله ، لانتفاء كونه وكيلا عنه .

وحيث جوزنا للوكيل التوكيل عنه أو عن الموكل يشترط أن يوكل أمينا كافيا لذلك التصرف ، وان عين له الثمن والمشترى ، اذ شرط الاستنابة عن الغير المصلحة ، الا أن يعين الموكل غيره أى الأمين ، فيتبع تعيينه لأذنه فيه .

نعم لو علم الوكيل فسقه دون موكله لم يوكله فيما يظهر كما بحثه الاسنوى ، كما لا يشترى ما عينه موكله ولم يعلم عيبه والوكيل يعلمه .

فان عين فاسقا فزاد فسقه امتنع توكيله أيضا كما بحثه الزركشى أخذا مما مر فى نظيره فى عدل الرهن لو زاد فسقه

ومحل ما تقرر فيمن وكل عن نفسه .

فان وكل عن غيره كولى لم يوكل الا عدلا .

ومقتضى كلام المصنف عدم توكيل غير الأمين .

وان قال له وكل من شئت وهو كذلك خلافا للسبكى .

وفارق ما لو قالت لوليها : زوجنى ممن شئت حيث جاز له تزويجها من غير كفء بأن المقصود هنا حفظ المال ، وحسن التصرف فيه ، وغير الأمين لا يتأتى منه ذلك وثم مجرد صفة كمال هى الكفاءة وقد يتسامح بتركها ، بل قد يكون غير الكفء أصلح .

ولو وكل الوكيل أمينا فى شىء من الصورتين المتقدمتين ففسق لم يملك الوكيل عزله فى الأصح والله أعلم ، لأنه اذن فى التوكيل دون العزل .

والثانى : نعم ، لأن الاذن فى التوكيل يقتضى توكيل الامناء ، فاذا فسق لم يجز استعماله فيجوز عزله .

وقال صاحب[1] البجرمى ولوكيل توكيل بلا اذن فيما لا يتأتى منه ، لكونه لا يليق به ، أو كونه عاجزا عنه عملا بالعرف ، لأن التفويض لمثل هذا لا يقصد منه عينه ، فلا يوكل العاجز الا فى القدر الذى عجز عنه ، ولا يوكل الوكيل فيما ذكر عن نفسه بل عن موكله .

ولو وكله فيما يطيقه فعجز عنه لمرض أو غيره لم يوكل فيه .

---

(١) انظر كتاب حاشية العلامة البجرمى للشيخ سليمان البجرمى على شرح منهج الطلاب وبهامشه مع الشرح نفائس ولطائف للشيخ المرصفى ج ٣ ص ٥٩ ، ص ٦٠ طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٤٥ هـ .

وقضية التعليل المذكور امتنـــاع التوكيـــل عنـــد جهـــل الموكل بحاله ، وهو كمـــا قال الاسنوى ظاهر •

أما ما يتأتى منه فلا يصـــح التـــوكيل فيـــه الا لعيـــاله على مـــا اقتضـــاه كلام الجـــوزى •

واذا وكل باذن فالثـــانى وكيـــل الموكل ، فلا يعـــزله الوكيـــل ، وان فســـق ، لأن الموكل اذن له فى التوكيـــل لا فى العـــزل ، ســـواء قال : وكل عنى أم أطلق ، فان قال : وكل عنـــك ففعـــل فالثـــانى وكيل الوكيل ، لأنه مقتضى الاذن ، وينعـــزل بعـــزل من أحد الثلاثة وانعـــزل بمـــا ينعـــزل به الوكيل •

وحيث جاز له أى للوكيـــل توكل فليوكل وجـــوبا أمينـــا ، رعاية لمصـــلحة الموكل ، الا أن عين له الموكل المـــالك غـــيره أى غـــير أمين فيتبـــع تعيينـــه ، لأن الحق له ، أى ان علم الموكل بفســـقه فوكله فزاد فســـقه امتنع توكيله أيضـــا •

قال بعضهم : الا أن كان لو عرض على الموكل لرضـــيه •

مذهب الحنـــابلة :

جـــاء فى كشـــاف(١) القنـــاع : أنه ليس لوكيـــل توكيـــل فيمـــا يتـــولى مثله بنفسه الا باذن موكل ، لأنه لم يأذن له فى التوكيل، ولا تضـــمنه اذنه لـــكونه يتـــولى مثلـــه ، ولأنه استئمان فيما يمكنـــه النهـــوض فيه ، فلم يكن له أن يوليـــه غـــيره كالوديعـــة ، أو يقـــول الموكل •

وفى نســـخة الا أن يقـــول له أى للوكيـــل اصـــنع ما شـــئت ، أو تصرف كيف شـــئت فيجـــوز للوكيـــل أن يوكل ، لأنه لفظ عام ، فيـــدخل فى عمـــوم التوكيل •

وان اذن الموكل لوكيله فى التوكيـــل تعـــين أن يكون الوكيـــل الثـــانى أمينـــا ، لأنـــه لاحظ للمـــوكل فى توكيـــل من ليس أمينا •

وكذا حيث جـــاز له التوكيـــل الا مع تعيين الموكـــل الأول بأن يقـــول له وكل زيدا فيوكله أمينـــا كان أو خائنـــا لأنه قطـــع نظـــره بتعيينه له •

فان وكل الوكيـــل حيث جـــاز أمينـــا فصـــار خائنـــا فعليـــه عزله ، لأن تركه يتصرف تضـــييع وتفـــريط •

وكذا وصى يوكل فيمـــا أوصى به اليـــه أى حكمـــه حـــكم الوكيـــل فليس له أن يوكل فيمـــا يتـــولى مثـــله بنفســـه ، لأنه متصرف فى مال غـــيره بالاذن أشبه الوكيل •

---

(٢) انظر كتـــاب كشـــاف القناع عن متن الاقناع للعلامة الشيخ منصوربن ادريس الحنبلى وبهامشه منتهى الارادات للشيخ منصوربن يونس البهوتى ج ٢ ص ٢٣٤ ، ص ٢٣٥ طبع المطبعة العامرة الشرفية بمصر ســـنة ١٣٢٩ هـ الطبعة الأولى •

وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة •

قال فى المبدع ويلحق بهذا مضارب وولى ، وكذا حاكم يتولى القضاء فى ناحية فيستنيب غيره ، أى حكمه حكم الوكيل ليس له ذلك فيما يتولى مثله بنفسه •

وحيث جازت الاستنابة فله أن يستنيب من غير مذهبه ، ذكره القاضى فى الأحكام السلطانية وابن حمدان فى الرعاية •

وما يعجز عنه الوكيل ونحوه لكثرته له التوكيل فى جميعه ، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل ، فجاز فى جميعه كما لو اذن له فيه لفظا كتوكيله أى كما يجوز للوكيل أن يوكل فيما لا يتولى مثله بنفسه ، أى اذا كان العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله ، كالأعمال الدنية فى حق اشراف الناس المرتفعين من فعلها عادة ، فان الاذن ينصرف الى ما جرت به العادة •

وقال فى الفروع بعد ذكر المسألة ولعل ظاهر ما سبق يستنيب نائب فى الحج لمرض خلافا لأبى حنيفة والشافعى ، ويكون من وكل من قبل الوكيل وكيل الوكيل ، لأنه قائم مقامه فله عزله •

وان قال الموكل للوكيل وكل عنك صح ذلك وكان الثانى وكيل وكيله فينعزل بعزل الوكيل الأول وموته •

وان قال الموكل وكل عنى ، أو قال وكل وأطلق بأن لم يقل عنك ولا عنى صح ، وكان الثانى وكيل موكله لا ينعزل بعزل الوكيل له ولا بموته •

ولو قال لشخص وكل فلانا عنى فى بيع كذا ، فقال الوكيل الأول للثانى بع هذا ، ولم يشعره أنه وكيل الموكل فقال الشيخ : لا يحتاج الى تبيين آنه وكيله أو وكيل فلان ، ذكره فى الاختيارات •

وحيث قلنا ان الوكيل الثانى وكيل الموكل ، فانه ينعزل بعزله وبموته ونحوه كجنونه وحجر عليه ، ولا يملك الوكيل الأول عزله ، لأنه ليس وكيلا عنه ولا ينعزل الوكيل الثانى بموته ونحوه لأنه ليس وكيلا عنه •

وحيث قلنا ان الوكيل الثانى وكيل الوكيل فانه ينعزل بعزلهما أو أحدهما وبموتهما أو أحدهما والحجر عليهما أو على أحدهما ونحوه •

وكذا قول الموصى لوصيه أوص الى من يكون وصيا له فانه يكون من أوصى اليه الوصى وصيا للموصى الأول ولا يوصى وكيل مطلقا أى سواء اذن له فى التوكيل أولا •

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح[1] الأزهار : أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل فيه الا أن يؤذن له فى ذلك ذكره البعض •

وعن أبى جعفر يجوز له أن يوكل اذا كان حاضرا ، لأن الثانى كالمعبر عن الأول ، أو يجرى العرف بالتوكيل كمن وكل زوجته بالبيع والشراء ونحوه وغاب عنها ، وهى ممن لا تخرج لحوائجها •

وكذا لو وكل أهل الرياسة من عادته أن لا يتولى البيع بنفسه فلهما أن يوكلا •

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية[2] : أنه لا يجوز للوكيل أن يوكل الا مع الاذن صريحا ، ولو بالتعميم كاصنع ما شئت ، أو فحوى كاتساع متعلقها ، بحيث تدل القرائن على الاذن فيه ، كالزراعة فى أماكن متباعدة لا تقوم الا بمساعد •

ومثل الاتساع عجز الوكيل عن مباشرته وان لم يكن متسعا مع علم الموكل به ، وترفع الوكيل عما وكل فيه عادة فان توكيله حينئذ يدل بفحواه على الاذن له فيه مع علم الموكل بترفعه عن مثله ، والا لم يجز ، لأنه مستفاد من القرائن ، ومع جهل الموكل بحاله ينتفى •

وحيث اذن له فى التوكيل ، فان صرح له يكون وكيله وكيلا عنه ، أو عن الموكل لزمه حكم من وكله فينعزل فى الأولى بانعزاله ، لأنه فرعه وبعزل كل منهما له •

وفى الثانى لا ينعزل الا بعزل الموكل أو بما أبطل توكيله من الجنون والاغماء وان أطلق ففى كونه وكيلا عنه أو عن الموكل أو نخير الوكيل فى توكيله عن أيهما شاء أوجه وكذا مع استفادته من الفحوى الا أن كونه هنا وكيلا عن الوكيل أوجه •

أحدها وكيل على الوكيل ، لأن الغرض من ذلك تسهيل الأمر عليه •

الثانى : أن يكون وكيلا للوكيل ، لأن التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل فيقع عن الموكل •

الثالث : التخيير لصلاحية الاتيان لهما لصدق وكيل الوكيل المأذون فيه على التقديرين •

ويستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما وكل فيه ، ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل عارفا باللغة التى يحاور

---

(١) انظر كتاب شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الأئمة الأطهار مع حواشيه للعلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح ج ٤ ص ٢٢٥ الطبعة الثانية طبع مطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) انظر كتاب الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعى العاملى ج ٢ ص ١٧ وما بعدها طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

بهـا فيمـا وكل فيـه ، ليحصـل الغـرض من توكيـله .

وقيـل ان ذلك واجب وهو مناسب لمعنى الشرط بالنسبة الى الأخير .

مذهب الأباضـية :

جـاء فى شرح النيـل[1] : أنه لا يعقـد وكيـل أو مأمور أو خليفـة دون صـاحبه ان وكـلا معـا ، أو أمرا معـا ، أو استخلفـا معـا على شراء أو بيـع ، وذلك لأنه نزلهمـا منزلة رجل واحد .

وصـفة ذلك أن يقـول : وكلتكمـا معا ، أو وكلتهمـا معـا ، أو أمرتكمـا معـا ، أو أمرتهمـا معـا ، أو استخلفتكمـا معـا ، أو استخلفتهما معا .

أو يسـقط لفظ مع ، ويقـول : جعلتكما أو جعلتهما وكيـلا أو مأمورا أو خليفـة ، أو يقـول بـع أو اشتر أنت وفـلان أو مع فلان ، أو نحـو ذلك ممـا يصرح أو يتبـادر منـه أنه قرنهمـا ، الا أن أجـاز له صـاحبه قبـل ذلك العقـد أو بعـده أو عنـده كذلك .

وجـوز عقـده أى عقـد وكيـل وحـده ولو وكلهمـا معـا وجعلهمـا وكيـلا واحدا ولو أبى الآخر .

وكذا لو باعاه جميعـا مضى فعل السـابق، لأن المراد العقـد وقد وقـع ، ولم يقـل لهمـا لا يبـع أحـدكما أو أحـدهما أو يشـتر الا بحضرة الآخـر ، أو ما يقوم مقام هـذا الكلام .

والأصـل فى الـكلام الكلية لا الـكل فيسـتقل الواحـد بالحكم وهكذا اللغـة وأيضـا همـا كاسمـان واحد .

واذا أمر ثلاثة فصـاعدا ولو وكلهم أو اسـتخلفهم فحـكمهم كـحكم الاثنين وان فرقهمـا .

وحـكم الثلاثة فصـاعدا فى التفـريق حكمهمـا أيضـا .

وصـفة التفـريق أن يجتمـع مع كل واحد وحـده فيقـول له قـد وكلتك أو أمرتك أو استخلفتـك أو يكتب اليـه أو يرسـل اليـه أو يستشـهد على ذلك أو يجتمـع الـكل ، فيقـول لـكل واحـد ذلك على حـدة .

أو يقـول قـد وكلتكما أو أمرتـكما أو استخلفتكما كل واحـد يكفى وحـده .

أو كل منكمـا مأمور أو خليفـة أو وكيل أو نحـو ذلك ممـا يفيـد اسـتقلال كل واحـد بنفسـه جـاز فعـل كل ولو علم كل منهمـا أن الآخـر وكيـل وان بالشراء من صـاحبه للآمر أو الموكل أو المستخلف أو يبيـع ماله أو مـال مـن ناب عنـه غـير الذى نابا عنـه معـا له أى لصـاحبه بنية الموكـل أو الآمـر أو المستخلف كمـا مر فى النـكاح أن لـكل من المـأمورين أن يزوج

---

(١) انظر كتاب شرح النيل وشفاء العليـل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ج ٤ ص ٧٢٠ ، ص ٧٢١ طبع مطبعة صاحب الامتياز محمد بن يوسف البارونى وشركاه بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

وليتـه غير بنتـه للأمر بواسـطة المأمور الآخـر .

وان باع كل فالأول مشتر ان علم الأول وبطل البيع الثـانى ومن بعـده ، والا وقف المبيـع بأيدى مشتريـيه أو المشترين حتى يتبين وان اتحـد وقتهمـا صح العقـد واشتركا فيـه أو اشتركوا فيـه على الرءوس ويدل على صـحة العقـد الاجبـار على الطـلاق فى صورة النكاح .

خامسا : الاشراك فى الوقف

مذهب الحنفيـة :

جـاء فى الدر[1] المختـار وحاشـية ابن عابدين عليـه : أنه لو ضـم القـاضى للقيم على الوقف ثقـة ، أى ناظـر حسـبة ، هل للأصيل أن يسـتقل بالتصرف ؟ لم أره .

وأفتى الشـيخ أنه ان ضـم اليـه لخيانة لم يسـتقل ، والا فله ذلك ، وهو حسـن .

وفى فتـاوى مؤيد زاده معـزيا للخانيـة وغيرها : ليس للمشرف التصرف ، بل له الحفظ، لأن التصرف فى حال الوقف مفوض الى المتولى كمـا جاء فى الخانية .

قـال ابن عابدين : والظـاهر ان المراد بالحفظ حفظ مال الوقف عنـده .

لكن قال فى الفتح : وهـذا يختلف بحسب العـرف فى المشرف ، ومقتضـاه أنه لو تعورف تصرفه مع المتـولى اعتبر ، ويحتمـل أن يراد بالحفظ مشـارفته للمتـولى عنـد التصرف ، لئـلا يفعـل ما يضر ويؤيده ما ذكروه فى مشرف الوصى .

ففى الخانية قال الامام الفضـلى يكون الوصى أولى بامسـاك المـال ، ولا يكون المشرف وصيا .

وأثـر كونه مشرفا أنه لا يجـوز تصرف الوصى الا بعلمه .

وفى أدب الأوصياء يفتى بقول الفضـلى . والوقف يستقى من الوصية .

وعن هـذا أفتى فى الحـامدية بأنه ليس للمتـولى التصرف فى أمور الوقف بدون اذن المشرف واطلاعه .

وفى الخيرية ان كان الناظر بمعنى المشرف فقـد صرحوا بأن الوصى لا يتصرف الا بعلم المشرف .

وفى الخيرية أيضـا : سـئل فى وقف له ناظر ومتول : هل لأحدهمـا التصرف بلا علم الآخر ؟ أجاب بأنه لا يجـوز ، والقيم والمتولى والناظر فى كلامهم بمعنى واحد .

قال ابن عابدين : هذا ظاهر عند الأفراد .

أما لو شرط الواقف متوليـا وناظرا عليـه كمـا يقـع كثيرا فيراد بالنـاظر المشرف .

(1) انظـر كتاب الدر المختـار شرح تنوير الأبصـار على رد المحتـار للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ج ٣ ص ٤٤٤ الطبعة الثانية طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٥ هـ .

وعن هذا أجيب فى حادثة بأنه ليس للمتولى الايجار بلا علم الناظر ، خلافا لما فى الفتاوى الرحيمية من أنه لو أجر المتولى اجارة شرعية بأجرة المثل لا يملك الناظر معارضته ، لأنه فى معنى المشرف .

وأفتى فى الاسماعيلية بأنه ليس للناظر معارضة المتولى ، الا أن يثبت أن نظارته بشرط الواقف ، وفيه نظر ، اذ لو نصبه القاضى ناظرا على المتولى لثبوت خيانته ، لم يستقل المتولى بالتصرف ، ومثله ما لو نصبه عليه للطعن فى أمانته .

وجاء فى البحر الرائق[(١)] بأنه لو جعل الواقف نظارة الوقف ، لرجلين ، فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر ، ضم القاضى الى من قبل رجلا ، أو فوض للذى قبل بمفرده .

ولو جعلها لفلان الى أن يدرك ولدى ، فاذا أدرك كان شريكا له لا يجوز ما جعله لابنه فى رواية الحسن .

وقال أبو يوسف رحمهما الله تعالى : يجوز ولو نصب متوليا على وقفه ، ثم وقف وقفا آخر ولم يجعل له متوليا لا يكون متولى الأول متوليا على الثانى ، الا بأن يقول أنت وصى .

ولو وقف أرضين وجعل لكل منهما متوليا فلا يشارك أحدهما الآخر .

ولو جعل ولاية وقفه لرجل ، ثم جعل رجلا آخر وصيه يكون شريكا للمتولى فى أمر الوقف الا أن يقول وقفت أرضى على كذا وكذا ، وجعلت ولايتها لفلان ، وجعلت فلانا وصيا فى تركتى ، وجميع أمورى فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض اليه ، كذا فى الاسعاف ، ومنه يعلم جواب حادثه وجد مكتوبان ، شهد أحدهما بأن المتولى فلان وشهد الآخر بأن المتولى رجل غيره ، والثانى متأخر التاريخ فأجبت بأنهما يشتركان ولا يقال ان الثانى ناسخ كما تقدم عن الخصاف فى الشرائط لأننا نقول ان التولية من الواقف خارجة عن حكم سائر الشرائط ، لأن له فيها التفسير والتبديل كلما بذله من غير شرط فى عقدة الواقف على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وجاء فى موضع آخر من البحر الرائق[(٢)] أيضا : أنه لو وقف على ولده فأقر بأنه عليه وعلى زيد عمل باقراره ما دام حيا ، حملا على أن الواقف رجع عن اختصاصه وأشرك معه زيدا .

وفى الدر المختار وحاشية ابن عابدين[(٣)]

(١) انظر كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام الشيخ مولانا زين الدين الشهير بابن نجيم المتوفى المصرى الأفريقى وبهامشه حواشى منحة الخالق للعلامة ابن عابدين ج ٥ ص ٢٥٠ وما بعدها الطبعة الأولى طبع المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١٠ هـ .

(٢) انظر من كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٤٣ الطبعة السابقة .

(٣) انظر كتاب الدر المختار شرح تنوير الأبصار على رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٤٤٧ وما بعدها الطبعة السابقة .

عليــه : أنه لو قال الواقف وقفت على بنى وله بنــون وبنــات يدخــل فيه البنات •

ولو وقف على ذريتــه يدخــل أولاد البنين وأولاد البنات •

وفى الدر المختــار : لو وقف على أولاده ، ثم على أولاد أولاد له فقــالوا : لا يدخــل فى هــذا أولاد البنت •

وقال ابن عابدين : المفتى به عــدم دخــول أولاد البنــات فى الأولاد مطلقــا ، أى سواء قال على أولادى بلفظ الجمــع ، أو بلفظ الجنس كولدى •

وفى الفتح : لو ضــم الى الولد ولد الولد، فقال : على ولدى وولد ولدى اشترك الصلبيون وأولاد بنيــه ، وأولاد بنــاته ، كذا اختاره هــلال والخصــاف وصححه فى الخانية •

وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنــات وقال : لم أجــد من يقــول برواية ذلك عن أصحابنــا •

وانمــا روى[1] عن أبى حنيفــة رحمه الله تعــالى فيمن أوصى بثلث ماله لولــد زيد ، فــان وجــد لــه ولــد ذكور واناث لصلبه يوم موت الموصى كان بينهم ، وان لم يكن لــه ولــد لصــلبه ، بل ولــد ولد من أولاد الذكور والاناث ، كان لأولاد الذكور دون أولاد الاناث

(١) انظر كتــاب الــدر المختــار شرح تنوير الأبصــار على رد المحتــار لابن عابدين ج ٣ ص ٤٤٨ الطبعة الثالثــة طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٥ هـ .

وفى الـــدر المختـــار وحاشـــية ابـــن عابدين عليــه : أنه لو وقف على ذريتــه مرتبــا وجعــل من شرطه أن من مات قبــل استحقاقه ولــه ولــد قام مقــامة ، ولو بقى حيــا فهل له حظ أبيــه لو كان حيــا ، ويشــارك الطبقة الأولى أولا يشــارك •

أفتى الســبكى بالمشــاركة •

وخــالفه الســيوطى •

وهــذه المخــالفة واجبـــة كمــا أفــاده ابن نجيم فى الاشــباه من القــاعدة التاسعة لكنــه ذكر بعــد ورقتــين أن بعضهم يعــبر بــين الطبقــات بثم وبعضــهم يعبر بالواو فبالواو يشــارك بخــلاف ثم •

ثم قال[2] : أنه لو وقف على أولاده وقيــد بفقرائهم يعتــبر الفقر وقت وجــود الغــلة ، وهو المجــوز لأخــذ الزكاة فلو تأخر صرفهــا ســنين لعــارض فافتقــر الغنى ، واســتغنى الفقــير شــارك المفتقر وقت القســمة الفقير وقت وجــود الغــلة •

مذهب المالكية :

جــاء فى حاشية الدســوقى على الشرح[3]

(٢) المرجع الســابق وحاشية ابن عــابدين عليه ج ٣ ص ٤٥٣ الطبعة السابقة .

(٣) حاشــية الدســوقى على الشرح الكبير للعالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدســوقى على الشرح الــكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدى الشيخ محمــد عليش ج ٤ ص ٨٦ وما بعدها طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البــابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٢١٩ هـ .

الكبير : أنه ان ضاق الحبس الراجع عن الكفاية فى الغلة الناشئة عنه قدم البنات، أى على الاخوة لا على الابن ، ومعنى قدم اختصصن بما يغنيهن ، لا ايثارهن بالجمع ، ولو زاد على ما يغنيهن قال ابن هارون : المشهور ان البنت ان كانت مساوية للعاصب شاركته فى السعة والضيق .

وان كانت أقرب منه قدمت عليه فى الضيق .

وان كانت أبعد منه قدم العاصب عليها فى السعة والضيق .

فلو قال المصنف قدم الأقرب من الاناث لكان أشمل وأقرب للصواب لتناوله نحو الأخت مع ابن الأخ وأفادته الاشتراك مع التساوى .

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب[1] : أن النظر فى الوقف الى من شرطه الواقف ، لأن الصحابه رضى الله تعالى عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر فجعل عمر رضى الله تعالى عنه الى حفصة رضى الله تعالى عنها ، واذا توفيت فانه الى ذوى الرأى من أهلها ، ولأن سبيله الى شرطه فكان النظر الى من شرطه .

(١) انظر كتاب المهذب للامام ابى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروزبادى الشيرازى وبهامشه النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب ج ١ ص ٤٤٥ ، ص ٤٤٦ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٢٧٦ هـ .

وان وقف ولم يشرط الناظر ففيه ثلاثة أوجه

أحدها : : أنه الى الواقف ، لأنه كان النظر اليه فاذا لم يشرطه بقى على نظره.

والثانى : أنه للموقوف عليه ، لأن الغلة له فكان النظر اليه ،

والثالث : الى الحاكم ، لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل اليه فكان الحاكم أولى .

فان جعل الواقف النظر الى اثنين من أفاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل الا واحد ضم الحاكم اليه آخر ، لأن الواقف لم يرض فيه بنظر واحد .

وجاء فى موضع آخر من المهذب[2] : أنه ان قال وقفت على أولادى دخل فيه الذكر والأنثى **والخنثى ، لأن** الجميع أولاده ، ولا يدخل فيه ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولده من صلبه ، فان كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل ، فان انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال دون ما كان حدث قبل الانفصال ، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولدا .

وان وقف على ولده وله ولد فنفاه باللعان لم يدخل فيه .

وقال أبو اسحاق يدخل فيه ، لأن اللعان يسقط النسب فى حق الزوج ،

(٢) المرجع السابق لأبى اسحاق الفيروزبادى الشيرازى ج ١ ص ٤٤٤ الطبعة السابقة .

ولا يتعلق به حـكم ســواه ، ولهــذا ينقضى به العــدة •

والمذهب الأول ، لأن الوقف على ولــده ، وباللعــان قــد بان أنه ليس بولــده فلم يدخل فيــه •

وان وقف عــلى أولاد أولاده دخــل فيــه أولاد البنــين وأولاد البنــات ، لأن الجميــع أولاد أولاده •

فــان قــال على نسلى أو عقبى أو ذريتى دخــل فيه أولاد البنين وأولاد البنــات قربوا أو بعــدوا ، لأن الجميــع من نســله وعقبــه وذريتــه ولهــذا قال الله تبــارك وتعــالى « ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين[1] ، وزكريا ويحيى وعيسى[2] » فجعــل هــؤلاء كلهم من ذريتــه على البعــد وجعــل عيسى من ذريتــه وهو ينسب اليــه بالأم •

فــان وقف على عترته فقــــد قــال ابن الاعرابى وثعلب هم ذريتــه •

وقــال القتيبى هم عشــيرته :

وان وقف على من ينسب اليه لم يدخل فيه أولاد البنــات ، لأنهم لا ينســبون اليــه •

وان وقف على البنين لم يدخــل فيــه الخنثى المشــكل ، لأنا لا نعــلم أنه من البنين •

فــان وقف على البنــات لم يدخــل فيــه لأنا لا نعلم أنه من البنــات •

فــان وقف على البنــين والبنــات ففيــه وجهــان •

أحدهمــا : أنه لا يدخــل فيــه ، لأنه ليس من البنين ، ولا من البنــات •

والثــانى أنه يدخــل ، لأنه لا يخــلو من أن يكون ابنــا أو بنتــا •

وان أشــكل علينــا فــان وقف على بنى زيد لم يدخــل فيــه بنــاته •

فــان وقف على بنى تميم وقلنــا ان الوقف صحيح ففيــه وجهــان •

أحدهمــا لا يدخــل فيــه البنــات ، لأن البنين اسم للذكور حقيقة •

والثــانى يدخلن فيــه ، لأنه اذا أطلق اسم القبيــلة دخــل فيــه كل من ينسب اليهــا من الرجــال والنســاء •

وان قــال وقفت عــلى أولادى ، فــــان انقرض أولادى وأولاد أولادى ، فعلى الفقراء ، لم يدخل فيه ولد الولــد ، ويكون هذا وقفــا منقطع الوســط ، فيكون على قولين ، كالوقف المنقطع الانتهــاء •

ومن أصحابنــا من قــال يدخــــل فيــه أولاد الأولاد بعد انقراض ولد الصــلب ، لأنه لمــا شرط انقراضــهم دل على أنهم يستحقون كولــد الصــلب •

---

(١) الآية رقم ٨٤ من سورة الأنعام •
(٢) الآية رقم ٨٥ من سورة الأنعام •

والصحيح هو الأول ، لأنه لم يشرط شيئا ، وانما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم .

وان وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته ، فان كان للواقف أب يعرف به وينسب اليه ، دخل فى وقفه كل من ينسب الى ذلك الأب ولا يدخل فيه من ينسب الى أخى الأب أو أبيه .

فان وقف الشافعى رحمه الله تعالى بأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع ابن السائب ، لأنهم يعرفون بقرابته ولايدخل فيه من ينسب الى على وعباس ابن السائب ولا من ينسب الى السائب ، لأنهم لا يعرفون بقرابته ، ويستوى فيه من قرب وبعد من أقاربه ، ويستوى فيه الذكر والأنثى لتساوى الجميع فى القرابة ، فان حدث قريب بعد الوقف دخل فيه .

وذكر البويطى : أنه لا يدخل فيه ، وهذا غلط من البويطى ، لأنه لا خلاف أنه اذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده .

مذهب الحنابلة :

جاء فى الشرح الكبير على المغنى[1] : أنهمتى كان النظر للموقوف عليه ، اما بجعل الواقف النظر له ، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه ، أو كان واحدا مكلفا رشيدا، فهو أحق بذلك رجلا كان أو امرأة ، عدلا ذلك كان أو فاسقا ، لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك فى هذه الأحوال ، كملكه المطلق .

ويحتمل أن يضم الى الفاسق أمين ، حفظا لأصل الوقف عن البيع والتضييع .

وان كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع ، لكل انسان فى حصته ، فان كان الموقوف عليه صغيرا أو مجنونا أو سفيها قام وليه فى النظر مقامه كملكه المطلق .

وان كان النظر لغير الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم أو لبعض الموقوف عليهم ، لم يجز أن يكون الا أمينا لم تصح ولايته ان كان من الحاكم وأزيلت يده .

وان ولاه الواقف وهو فاسق أو كان عدلا ففسق ضم اليه أمين لحفظ الوقف ولم تزل يده ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين .

ويحتمل أن لا تصح تولية الفاسق وينعزل اذا فسق ، لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم ، وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته ، فان يده تزال ، لأن مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه .

(١) الشرح الكبير على متن المقنع لشيخ الاسلام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن الشيخ الامام أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسى ج ٦ ص ٢١٣ ، ص ٢١٤ طبع مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤١ هـ الطبعة الأولى والمغنى لشيخ الاسلام موفق الدين أبى محمد عبد الله ابن محمد بن قدامة على مختصر أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى ج ٦ ص ٢٤٣ ، ص ٢٤٣ الطبعة السابقة ويليه الشرح الكبير .

وجاء فى كشاف القناع[1] : أن كانت ولاية الناظر من واقف وهو أى الناظر • فاسق حال الولاية ، أو عدل ففسق صح كونه ناظرا ، وضم اليه أمين سواء كان أجنبيا أو بعض الموقوف عليهم جمعا بين الحق •

ثم قال[2] : ولا نظر لحاكم مع ناظر خاص لكن للحاكم النظر العام ، فيعترض عليه أى على الناظر الخاص أن فعل الناظر الخاص مالا يسوغ له فعله لعموم ولايته •

وللحاكم ضم أمين الى الناظر الخاص مع تفريطه أو تهمته ، ليحصل المقصود من حفظ الوقت •

والظاهر أن الأول يرجع الى رأى الثانى، ولا يتصرف الا بأذنه ، ليحصل الغرض من نصبه وكذا اذا ضم الى ضعيف قوى معاون له فلا يزال يد الأول عن المال ولا نظره وهو الأول ، هو الناظر دون الثانى هذا قياس ما ذكره فى الموصى له •

وجاء فى المغنى لابن قدامه[3] : أنه اذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم ، كان الوقف بين القوم وأولادهم ومن حيث نسلهم على سبيل الاشتراك ان لم تقترن به قرينة تقتضى ترتيبا ، لأن الواو تقتضى الاشتراك ، فاذا اجتمعوا اشتركوا ولم يقدم بعضهم على بعض ، ويشارك الآخر الأول ، وان كان من البطن العاشر •

واذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل لأنه يحتمل أن لا يكون حملا فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله •

ثم قال[4] : ان قال الواقف وقفت على أولادى أو ولدى ، وليس له ولد من صلبه ، أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الأعلم على غيرهم، أو قال فاذا خلت الأرض من عقبى عاد الى المساكين ، أو قال على ولدى غير ولد البنات ، أو غير ولد فلان ، أو قال يفضل البطن الأعلى على الثانى ، أو قال الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله وعاقبته ، وان اقترنت به قرينة تقتضى تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول : على ولدى لصلبى أو الذين يلوننى ونحو هذا ، فانه يختص بالبطن الأول دون غيرهم •

واذا قلنا بالتعميم فيهم أما للقرينة واما لقولنا بأن المطلق يقتضى التعميم ولم يكن فى لفظه ما يقتضى تشريكا ولا ترتيبا ، احتمل أن يكون بينهم كلهم على التشريك، لأنهم دخلوا

(١) انظر كتاب كشاف القناع عن متن الاقناع للعلامة الشيخ منصور بن ادريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الارادات للشيخ منصور ابن يونس البهوتى ج ٢ ص ٤٥٨ طبع المطبعة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣٢٩ هـ الطبعة الأولى .

(٢) المرجع السابق ومنتهى الارادات عليه ج ٢ ص ٢٥٩ الطبعة السابقة .

(٣) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ١٩٧ .

(٤) المرجع السابق لابن قدامه المقدسى ج ٦ ص ١٩٩ ، ص ٢٠٠ الطبعه السابقة .

فى اللفظ دخولا واحدا فوجب أن يكون بينهم مشتركا كما لو أقر لهم بدين .

ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب فى الميراث .

وجاء فى موضع آخر من المغنى[١] : أنه ان رتب بعضهم دون بعض فقال : وقفت على ولدى وولد ولدى ثم على أولادهم أو على أولادى ، ثم على أولاد أولادى وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا ، أو قال على أولادى وأولاد أولادى ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا ، فهو على ما قال يشترك من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك وترتيب من رتبه بحرف الترتيب .

ففى المسألة الأولى يشترك الولد وولد الولد ، ثم اذا انقرضوا صار لمن بعدهم .

وفى الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم .

وفى الثالثة : يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم .

ثم قال[٢] : أنه اذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والأنثى لأنه تشريك بينهم واطلاق التشريك يقتضى التسوية كما لو أقر لهم بشىء وكولد الأم فى الميراث حين شرك الله تبارك وتعالى بينهم فيه فقال عز وجل « فهم شركاء فى الثلث[٣] » تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض ، وليس كذلك فى ميراث ولد الأبوين وولد الأب فان الله تبارك وتعالى قال « فان كانوا[٤] اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » ولا أعلم فى ذلك خلافا .

ثم قال[٥] : والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تبارك وتعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين .

وقال القاضى رحمه الله تعالى المستحب التسوية بين الذكر والأنثى ، لأن القصد القربة على وجه الدوام ، وقد استووا فى القرابة لنا أنه ايصال للمال اليهم ، فينبغى أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم الظاهرى[٦] : ومن حبس على عقبه وعلى عقب عقبه أو على زيد وعقبه ، فانه يدخل فى ذلك البنات والبنون ، ولا يدخل فى ذلك بنو البنات اذا كانوا ممن لايخرج بنسب آبائه الى المحبس،لقول الرسول

(١) المغنى لابن قدامه المقدسى والشرح الكبير عليه ج ٦ ص ٢٠١ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع السابق والشرح الكبير عليه ج ٦ ص ٢٠٨ الطبعة السابقة .

(٣) الآية رقم ٦٢ من سورة النساء .

(٤) الاية رقم ١٧٦ من سورة النساء .

(٥) المغنى لابن قدامة المقدسى والشرح الكبير عليه ج ٦ ص ٢٠٩ ، ص ٢١٠ الطبعة السابقة .

(٦) المحلى للامام محمد بن سعيد بن حزم الظاهرى ج ٩ ص ١٨٣ مسألة رقم ١٦٥٦ طبع مطبعة ادارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥٠ هـ الطبعة الأولى .

صلى الله عليه وسلم « انما بنو هاشم وبنو عبد المطلب شيء واحد » وأعطاهم من سهم ذى القربى ولم يعط عثمان ولا غيره وجدة عثمان بنت عبد المطلب ، فلم يدخل فى بنى هاشم اذ لم يخرج بنسب أبيه اليه وان خرجا بنسب أمه اليه وهى أروى بنت البيضاء بن عبد المطلب وأعطى العباس وأمه نمرية •

مذهب الزيدية :

جاء فى[1] التاج المذهب : أنه لا يجوز لذى الولاية الكبرى ، كالامام والحاكم أن يعترضا من مر ممن له ولاية الوقف من واقف أو منصوبه أو موقوف عليه معين مهما قام بواجبه ، الا لخيانة تظهر منهم فيعزلون للخيانة ، فالخيانة من المتولى تكون بأخذ بعض الغلة ان لم يكن مصرفا ، وان كان مصرفا فبان يستهلك الغلة مع حاجة الوقف اليها، أو يحاول بيع الوقف أو رهنه أو يكون المتولى غير خائن ، الا أنه ربما عجز عن القيام بما يتوجه عليه ، لكثرة ما تولاه ، أو يكون غير بصير أولا معرفة له ، فان الامام والحاكم يعترضان له « باعانة » أى اقامة من يعينه ، أو يكون وكيلا لا وليا ولا يعزلان المتولى •

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار للقاضى العلامة أحمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٣٢٠ وهامشه الطبعة الأولى طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٦٦ هـ .

وجاء فى موضع آخر من التاج المذهب[2] : أن من وقف على مصرفين أو أكثر فهو على وجوه ثلاثة :

منها أن يشرك بينهما فان كانت القربة حاصلة فيها كلها صح الوقف عليها وقسمت منافعه بينها على عددها وان كانت القربة حاصلة فى بعضها دون بعض كمسجد وكنيسة صحت حصة ما فيه قربة وبطلت حصة ما لا قربة فيه ويبقى ملكا للواقف •

ثم قال[3] : الوقف على الأولاد وأولاد الأولاد بالفاء ، أو بثم أو بالواو على الصحيح ، أو بطنا بعد بطن أو نحو ذلك يدخل فى الوقف أولاد البنات اذ هم من أولاد أولاده ، لا اذا قال على أولاد صلبه ، لم يدخلوا فى ذلك ، اذ هم من صلب غيره ، فاقتضى العرف خروجهم •

مذهب الامامية :

جاء فى اللمعة الدمشقية[4] : أنه يصح الاقباض وهو تسليط الواقف للقابض عليه •

(٢) المرجع السابق لأحمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ج ٣ ص ٢٨٦ الطبعة السابقة .

(٣) التاج المذهب لأحكام المذهب لابن قاسم العنسى اليمانى ج ٣ ص ٢٨٩ الطبعة السابقة .

(٤) انظر منشورات جامعه النجف الدينية اللمعة الدمشقية للشهيد محمد جمال الدين مكى العاملى ج ٣ ص ١٧٠ ، ص ١٧١ ، ص ١٧٢ وهامشها طبع مطبعة الآداب فى النجف الأشرف سنة ١٣٨٧ هـ ، وسنة ١٩٦٧ م .

فالمعنى أنه يشترط فى الوقف الاقباض : أى اقباض الواقف الملك للموقوف عليه ، وتسليطه عليه ، ورفع يده عن الملك الموقوف عليه ، وقد يغاير الاقباض الاذن فى القبض — مقصوده رحمة الله تعالى أن القبض مع الاذن يغاير الاقباض ، لأنه قد يأذن الواقف فى القبض لكنه لم يسلمه اليه فيقبضه الموقوف عليه من الخارج ، فقد جعل القبض عن اذن الواقف من دون اقباض ، وقد يحصل الاقباض والتسليم وهو تسليط الواقف الموقوف عليه على الوقف واخراجه عن يده ويلزمه الاذن فى القبض — الذى اعتبر سابقا بأن يأذن فيه ، ولا يرفع يده عنه ، واخراجه عن نفسه ، فلو وقف على نفسه بطل وان عقبه بما يصح الوقف عليه ، لأنه حينئذ منقطع الأول ، وقد عرفت أن الوقف على منقطع الأول باطل ، لتنزيله منزلة المعدوم .

وكذا لو شرط لنفسه الخيار فى نقضه متى شاء أو فى مدة معينة — أى يبطل الوقف فى الصورتين — نعم لو وقفه على قبيل هو منهم ابتداء أو صار منهم شارك، كما لو وقف ملكا على طلبة العلم ، ولم يكن هو منهم حال الوقف ، ثم صار منهم فحينئذ يشاركهم فى الوقف — أو شرط عوده اليه عند الحاجة ، فالمروى والمشهور اتباع شرطه — أى رجوع الوقف اليه عند الحاجة يتبع شرطه فاذا شرط الرجوع اليه عند الحاجة رجع اليه — ، ويعتبر حينئذ عود الوقف اليه عند الحاجة قصور ماله عن مؤنة سنة فيعود عندها ، ويورث الوقف عن الواقف ويكون ارثا عنه لو مات وان كان موته قبل الحاجة .

ولو شرط أكل أهله منه صح الشرط ، كما فعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم بوقفه وكذلك فاطمة عليها السلام ، ولا يقدح كونهم واجبى النفقة فتسقط نفقتهم ، ان اكتفوا بالوقف هذا اذا كان واجبو النفقة غير زوجته ، وأما هى فلا تسقط نفقتها عن الزوج وان اكتفت بالوقف .

ولو وقف على نفسه وغيره صح فى نصفه على الأقوى ان اتحد ، وان تعدد فبحسبه ان كان الموقوف عليهم مع الواقف خمسا مثلا ، فيصح الوقف فى أربعة أخماسه ، ويبطل خمسه وهكذا ، فلو كانوا جمعا كالفقراء بطل فى ربعه ، لأن أقل الجمع ثلاثة فيخرج من أهل الوقف ثلاثة سهام ، ويبقى سهم واحد ، وهو المعبر عنه بالربع فيبطل بالنسبة اليه ، ويصح فى الباقى ويحتمل النصف ، لأن المفروض أن الجماعة بمنزلة الواحد وهو واحد أيضا فالمجموع نصفان نصف للفقراء ونصف له ، فالوقف بالنسبة الى الفقراء صحيح وبالنسبة اليه باطل ، والبطلان رأسا أى لا يصح الوقف لا عليه ولا على الفقراء .

وجاء فى موضع آخر من اللمعة[1] : أنه اذا وقف على أولاده اشترك أولاد البنين

(١) المرجع السابق لابن جمال الدين مكى العاملى ج ٣ ص ١٨٤ الطبعة السابقة .

والبنـات ، لاستـعمال الأولاد فيمـا يشـمل أولادهم استعمالا شـائعا لغـة وشرعـا ، كقول الله تبـارك وتعـالى « يا بنى آدم[١] » « يا بنـى اسرائيه[٢] » « يوصـيكم الله فى أولادكم[٣] » وللاجماع على تحريم حليلة ولد الولد ذكرا وأنثى من قول الله سبحانه وتعـالى « وحلائل أبنائكم » ، ولقول رسول الله صلى الله عليـه وآله وسـلم « لا تزرموا ابنى » يعنى الحسـن ، أى لا تقطعـوا عليـه بوله لمـا بال فى حجـره •

والأصـل فى الاستعمال الحقيقـة •

وهذا الاستعمال كمـا دل على دخـول أولاد الأولاد فى الأولاد ، دل على دخول أولاد الاناث أيضـا ، وهـذا أحـد القولين فى المسألة •

وقيـل[٤] : لا يدخل أولاد الأولاد مطلقـا فى اسم الأولاد — لا أولاد البنـين ولا أولاد البنـات — لعـدم فهمـه عنـد الاطـلاق ولصـحة السـلب فيقال : فى ولد الولـد ليس ولدى بل ولد ولدى •

وأجـاب المصنف فى الشرح عن الأدلـة الدالـة على الدخـول بأنه ثم من دليل خارج، وبأن اسم الولـد لو كان شـاملا للجميـع — أى الأولاد من الصـلب وأولادهم — لـزم الاشـتراك وان عورض بلزوم المجـاز فهـو أولى — أى لو قيـل : بأنه لا شـك من جواز استعمال الولد فى أولاد الأولاد فاذن يـدور الأمر بين الاشـتراك والمجـاز — وهـذا أظهر — أى القول الثـانى وهو : منـع دخول أولاد الأولاد مطلقـا فى الأولاد — نعم لو دلت قرينة على دخولهم كقوله الأعلى فالأعلى — أى لو قـال وقفت على أولادى الأعلى فالأعـلى فيدخل من دلت عليـه القرينـة — اتجه دخول من دلت عليـه •

ومن خـالف فى دخولهم كالفاضـلين فرضوا المسـألة فيمـا لو وقف على أولاد أولاده ، فـانه حينئـذ يدخـل أولاد البنين والبنـات بغير أشكال •

وعلى تقـدير دخولهم بوجـه فاشـتراكهم بالسـوية ، لأن ذلك مقتضى الاطـلاق •

والأصـل عـدم التفاضـل « الا أن يفضل» بالتصريح أو بقوله على كتـاب الله ونحـوه •

ولو قـال على من انتسب الى لم يدخـل أولاد البنـات على أشـهر القولين عمـلا بدلالة اللغـة والعـرف والاستعمال •

---

(١) الآية رقم ٢٦ من سورة الأعراف .
(٢) الآية رقم ٤٠ من سورة البقرة .
(٣) الآية رقم ١١ من سورة النساء .
(٤) انظـر كتـاب اللمعة الدمشقية للشهيد السـعيد محمد جمال الدين مكى العـاملى من منشورات جامعة النجف الدينية ج ٣ ص ١٨٥ ، ص ١٨٦ طبع مطبعة الآداب فى النجـف الأشرف سنة ١٣٨٧ هـ ، سنة ١٩٦٧ م .

الأعـــلام

روعى فى ترتيب الأعلام أن تكون مجردة عن ابن وأب وأم وأل التعريف .

وما نشر من الأعلام بالأجزاء الســابقة اكتفينا هنا بالاشارة الى موضعه فيها .

بسم الله الرحمن الرحيم

حرف الألف

ابراهيم : انظر جـ ٤ ص ٣٥٩
الأثرم : انظر جـ ١ ص ٢٤٧
ابن الأثير : انظر جـ ١ ص ٢٤٧
الأجهورى : انظر على الأجهورى جـ ٣ ص ٣٣٥
أحمد : انظر ابن حنبل جـ ١ ص ٢٥٥
ابن ادريس : انظر جـ ٢ ص ٣٤٣
الأذرعي : انظر جـ ١ ص ٢٤٨
أروى بنت البيضاء بن عبد المطلب توفيت سنة ١٥ هـ : أروى بنت كريز بن ربيعة بن حبيب ابن عبد شمس العبشمية والدة عثمان ابن عفان واسم أمها البيضاء بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرها ابن أبى عاصم فى الوحدان واخرج هو والحاكم من طريق فيها ضعف عن الزهرى عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس قال اسلمت أم عثمان وأم طلحة وأم عمار وأم أبى بكر وأم الزبير وأم عبد الرحمن بن عوف قال ابن مندة ماتت فى خلافة عثمان بن عفان ولا يعرف لها حديث قال ابن سعد تزوجها عفان ابن أبى العاص فولدت له عثمان وآمنة ثم تزوجها عقبة بن ابى معيط فولدت له الوليد وعمارة وخالدا وأم كلثوم وأم حكيم وهندا واسلمت أروى وهاجرت بعد ابنتها أم كلثوم وبايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم تزل بالمدينة حتى ماتت ووجد بخط البحترى : توفيت أم عثمان ولها تسعون سنة فحمل عثمان سريرها وصلى عليها واخرج ابن سعد بسند فيه الواقدى الى عبد الله بن حنظلة بن الراهب شهدت أم عثمان يوم ماتت فدفنها ابنها بالبقيع ورجع وقد صلى الناس فصلى وحده وصليت الى جنبه فسمعته وهو ساجد يقول اللهم ارحم أمى اللهم اغفر لأمى وذلك فى خلافته ومن طريق عيسى بن طلحة رأيت عثمان حمل سرير أمه بين العمودين من دار غطيش فلم يزل حتى وضعها بموضع الجنائز قال ورأيته بعد أن دفنها قائما على قبرها يدعو لها .

الأزجي : انظر جـ ٨ ص ٣٦٩
أبو اسحاق : انظر جـ ٣ ص ٣٣٥
اسحاق بن راهوية : انظر ابن راهوية جـ ٢ ص ٣٥١
اسحاق بن عمار : انظر جـ ٧ ص ٣٧٦
الاسنوى : انظر جـ ١ ص ٢٤٩
أشهب : انظر جـ ١ ص ٢٤٩
ابن الاعرابي انظر جـ ٤ ص ٣٦٠
امام الحرمين : انظر جـ ١ ص ٢٤٩
أيوب السختياني : انظر جـ ٥ ص ٣٦٤
أبو أيوب الأنصارى : انظر جـ ٣ ص ٣٣٧

حرف الباء

الباجي : انظر جـ ١ ص ٢٥٠
البرادى : عماد اسرة البرادى أبو الفضل أبو القاسم بن ابراهيم البرادى وقد نشأ فى جبل دمر من الجنوب التونسى ودرس على بقية المشايخ هنالك فى أول أمره حتى ثقف لسانه وصلب عوده وازداد عطشه الى العلم وظمأه الى المعرفة فانتقل من جبال دمر الى جزيرة جربة فالتحق بمدرسة علامة زمانه الشيخ يعيش الجربى فدرس عنده ما شاء الله ثم تاقت نفسه الى المزيد

فارتحل الى جبل نفوسه والتحق بمدرسة الامام الكبير أبى ساكن عامر بن على الشماخى وواصل هنالك دراسته حتى أصبح علما من الأعلام واماما من الأئمة وقد تصدى للتأليف والتدريس والفتوى والفصل فى مشاكل الناس والقيام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والتنديد بالظالمين والمنحرفين ولقد أتت جهوده العلمية أحسن الثمرات فتخرج على يده عدد غير قليل من الأعلام وكان بارزا فى المذهب الاباضى فقد ألف فى الحدود الشرعية رسالة قيمة وألف كتاب الجواهر المنتقاة فيما أخل به كتاب الطبقات وهو تصدير مطول أو جزء أول لكتاب الطبقات لأبى العباس الدرجينى .

البجرمى : انظر جـ ١ ص ٢٥٠

بريرة : انظر جـ ١ ص ٢٥٠

البساطى : انظر جـ ٥ ص ٣٦٥

بشر : انظر جـ ٤ ص ٣٦١

البغوى : انظر جـ ٢ ص ٣٤٥

بكر بن محمد : بكر بن محمد النسائى الأصل أبو أحمد البغدادى المنشأ فقيه حنبلى ، ذكرهأبوبكر الخلال فقال : كان أبو عبدالله يقدمه ويكرمه وعنده مسائل كثيرة سمعها من أبى عبد الله ، منها قال سألت أبا عبد الله عن رجل استشهدنى على شهادة ، وهو يبيع بالربا ثم جاءنى فقال : تعال اشهد عند السلطان ؟ قال : لا تشهد له ، اذا كان معاملته بالربا .

أبو بكر الخلال : انظر الخلال جـ ١ ص ٢٥٦

أبو بكر الاسكافى : انظر جـ ٥ ص ٣٦٥

أبو بكر الصديق : انظر جـ ١ ص ٢٥٠

البلقينى : انظر جـ ٢ ص ٣٤٦

البويطى : انظر جـ ٨ ص ٣٧١

الشيخ بهرام : انظر جـ ٥ ص ٣٦٥

البيهقى : انظر جـ ١ ص ٢٥١

حرف التاء

التتائى : انظر جـ ٨ ص ٣٧١

الترمذى : انظر جـ ١ ص ٢٥١

تقى الدين أنظر ابن تيمية جـ ١ ص ٢٥١

تميم الدارى : انظر جـ ٣ ص ٣٣٨

ابن تيمية : انظر جـ ١ ص ٢٥١

حرف الثاء

ثعلب : انظر جـ ٤ ص ٣٦١

الثقفى توفى سنة ١٣ هـ : أبو عبيد بن مسعود الثقفى : قائد من الشجعان أمره عمر ابن الخطاب على الجيش الزاحف الى العراق لقتال الفرس ، وهو أول جيش سيره عمر ، وفى الكامل لابن الأثير خبر طويل عما صنعه فى غارته على بلاد فارس قتل فى وقعة الجسر وهو والد المختار الثقفى

الثورى : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

أبو ثور : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

حرف الجيم

جابر : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

جابر بن زيد : انظر جـ ٣ ص ٣٣٩

جابر بن عبد الله : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

جعفر بن أبى طالب : انظر جـ ٢ ص ٣٤٧

أبو جعفر : انظر جـ ٢ ص ٣٤٧

أبو جعفر الناصر : انظر جـ ١ ص ٣٨٧

أبو جعفر الطوسى : انظر جـ ١ ص ٢٦٥

الجورى : على بن الحسين ، القاضى أبو الحسن الجورى بضم الجيم ثم الواو الساكنة ثم الراء بلدة من فارس أحد الأئمة من أصحاب الوجوه لقى أبا بكر النيسابورى وحدث عنه وعن جماعة ومن تصانيفه كتاب المرشد فى شرح مختصر المزنى أكثر عنه ابن الرفعة والوالد رحمهما الله تعالى ، النقل ولم يطلع عليه الرافعى ولا النووى رحمهما الله تعالى وقد أكثر فيه من ذكر أبى على بن أبى هريرة وأضرابه وذكر ابن الصلاح أنه وقف على كتاب له اسمه

الموجز على ترتيب المختصر يشتمل على حجاج مع الخصوم اعتراضا وجوابا .
الجوهري : انظر ج ٤ ص ٢٦٣
الجويني : انظر امام الحرمين ج ١ ص ٢٤٩

حـــرف الحاء

ابن الحاجب : انظر ج ١ ص ٢٥٣
ابن حبيب : انظر ج ١ ص ٢٥٣
حبان بن منقذ : حبان بفتح أوله وتشديد الموحدة ابن منقذ بن عمرو بن عطية بن خنساء ابن مبذول بن عمرو بن غنم بن مازن ابن النجـــار الأنصـــارى الخزرجى روى الشافعى وأحمد وابن خزيمة وابن الجارود والحـــاكم والدارقطنى من طـــــريق أبى اسحاق عن نافع عن ابن عمر كان حبان ابن منقذ رجلا ضعيفا ، وكان قد سفع فى رأسه مأمومة فجعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم له الخيار فيما اشترى ثلاثا ، وكان قد ثقل لسانه ، فقال له النبى صلى الله عليه وآله وسلم : « بع وقل لا خلابة » وروى أصحاب السنن من رواية سعيد عن قتادة عن أنس أن رجلا كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يبتاع وفى عقله ضعف الحديث ، ولم يسمه والحاصل أنه اختلف فى القصة هل وقعت لحبان بن منقذ أو لأبيه منقذ بن عمرو ؟ قالوا مات حبان فى خلافة عثمان .
ابن حزم : انظر ج ١ ص ٢٥٤
الحسن توفى سنة ٢٠٤ هـ : الحســـن بن زياد اللؤلؤى الكـــوفى أبو عـــــلى قـــــاض ، فقيـــه ، مـــن أصحـــاب أبى حنيفـــــة أخذ عنه وسمع منه وكان عالمـــا بمذهبه بالرأى ولى القضاء بالكوفة سنة ١٩٤ هـ ثم استعفى ، من كتبه أدب القاضى ومعانى الايمان والنفقـــات والخراج والفرائض والوصايا والأمالى نسبته الى بيع اللؤلؤ وهو من أهل الكوفة نزل ببغداد وعلماء الحديث يطعنون فى روايته وكان أبوه من موالى الأنصار .

الحسن البصري : انظر ج ١ ص ٢٥٤
أبو الحسن الرضا : انظر ج ٢ ص ٣٤٩
حماد بن سلمة : انظر ج ١ ص ٢٥٥
حفصة : انظر ج ٣ ص ٣٤١
حكم بن حزام : انظر ج ٩ ص ٣٧٢
ابن حمدان : انظر ج ١٠ ص ٣٩٥
الحموى : انظر ج ٢ ص ٣٥٠
أبو حنيفة : انظر ج ١ ص ٢٥٥

حـــرف الخاء

خارجة بن ثابت : انظر ج ٤ ص ٣٦٢
خالد : انظر ج ٨ ص ٣٧٣
الخرشي : انظر ج ٢ ص ٣٥٠
الخرقى : انظر ج ١ ص ٢٥٦
ابو الخطاب : انظر ج ١ ص ٢٥٦
الخصاف : انظر ج ١ ص ٢٥٦
خليل : انظر ج ١ ص ٢٥٦
خواهر زاده : انظر ج ١ ص ٢٥٧

حرف الدال

الدار قطنى : انظر ج ١ ص ٢٥٦
أبو داود : انظر ج ١ ص ٢٥٧
الدردير : انظر ج ١ ص ٢٥٧
الدسوقى : انظر ج ١ ص ٢٥٧
ابن دينار توفى سنة ٢١٢ هـ : عيسى بن دينار ابن واقد الغافقى أبو عبد الله فقيه الأندلس فى عصره وأحد علمائها المشهورين: أصله من طليطلة، سكن قرطبة وقام برحلة فى طلب الحديث وعاد فكانت الفتيـــا تدور عليه بالأندلس لا يتقدمه أحد وكان ورعا توفى بطليطلة .

حـــرف الراء

الرافعى : انظر ج ١ ص ٢٥٨
الربيع : انظر ج ٣ ص ٣٤٤
ابن رشد : انظر ج ١ ص ٢٥٨
ابن الرفعة : انظر ج ١ ص ٢٥٩
الرويانى : انظر ج ٢ ص ٣٥٢

حــرف الزاى

الزبير بن بكار توفى سنة ٢٥٦ هـ : الزبير بن بكار ابن عبد الله القرشى الأسدى المكى من أحفاد الزبير بن العوام ابو عبد الله عالم الأنساب وأخبار العرب راوية ولد فى المدينة وولى قضاء مكة فتوفى فيها له تصانيف منها أخبار العرب وايامهــا ونسب قريش واخبــارها ــ خ ــ والأوس والخزرج ووفودالنعمان على كسرى وأخبار بن ميادة وأخبار جميل وأخبار نصيب وأخبار حسان وأخبار عمر بن ربيعة وأخبار كثير وأخبار ابن الدمينة وله مجموع فى الأخبار ونوادر التاريخ سماه الموفقيات ــ طبع منه أربعة أجزاء ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩ الفه للموفق ابن المتوكل العباسى وكان مؤدبه فى صغره

ابن الزبير : انظر جـ ١ ص ٢٥٩

الزركشى : انظر جـ ١ ص ٢٥٩

الزاهدى : انظر جـ ١ ص ٢٥٩

زفر : انظر جـ ١ ص ٢٥٩

أبو زكريا : انظر جـ ٢ ص ٣٥٢

زهرة بن معبد توفى سنة ١٣٥ هـ : أبو عقيل زهرة بن معبد التميمى بالاسكندرية عن سن عالية ، قال الدارمى . زعموا أنه كان من الأبدال ، قلت روى عن ابن عمرو وابن الزبير .

القاضى زيد : انظر جـ ١ ص ٢٦٠

الزهرى : انظر جـ ١ ص ٢٦٠

زيد بن ثابت : انظر جـ ١ ص ٢٦٠

أبو زيد : انظر الديوسى جـ ١ ص ٢٥٧

زيد بن حارثة : انظر جـ ٢ ص ٣٥٣

ابن أبى زيد : انظر القيروانى جـ ١ ص ٢٧٣

حــرف الســين

سالم السنهورى : انظر جـ ٨ ص ٣٧٥

السامرى : انظر جـ ٧ ص ٣٩٠

السبكى : انظر جـ ١ ص ٢٦٠

أبو ستة توفى سنة ١٠٧٨ هـ : هو الامام القدوة العلامة أبو عبد الله محمد بن عمرو بن محمد ابن أحمد بن أبى سته اشتهر بين الدارسين بلقب المحشى أخذ العلم عن كثير من أهل الجزيرة وغيرهم وكان أكثر ما أخذ عن الامام أبى محمد بن عبد الله بن ســعيد السدويكشى ، كان الامــام ابو ســته من أولئك المؤمنين الذين أخلصوا دينهم وعملهم واسلموا أرواحهم وأنفسهم لله فهو لا يفتر عن الجهاد فى سبيل الله عاش فى القرن الحادى عشر وكانت البلاد التونسية فى ذلك الحين تحت حكم شديد الاضطراب وولاة لا يهمهم من أمر الدولة ومصلحة الأمة الا مقدار ما يأخذون من أموال وكانت الشعوب فى ذلك الحين بعيدة كل البعد عن الدولــة تدفع الضرائب لطلابها تحت ضغط الضرورة وتعود الى نفسها فى بقية الشئون فتســندها الى من تثق به من علمائها وصلحائها سافر أبو عبد الله الى مصر برسم الدراسة فى الأزهر فبقي هناك ٢٨ سنة دارسا فى الأول ومدرسا بعد ذلك وتخرج على يده عدد من فطاحل العلماء فى أرض الكنانة واشتهر بين علماء الأزهر بلقب البدر فاذا أطلقت كلمة البدر بين علماء الأزهر فالمعنى بهــا أبو عبد الله بن أبى سته .

سحنون : انظر جـ ١ ص ٢٦١

ابن سحنون : انظر جـ ٧ ص ٣٩١

السرخسى : انظر جـ ١ ص ٢٦١

سعيد : انظر جـ ١ ص ٢٦١

سعيد بن منصور : انظر جـ ٣ ص ٣٤٦

سعيد بن أبى وقاص : انظر جـ ٢ ص ٣٥٣

أبو سعيد : انظر جـ ١ ص ٢٦١

أبو سعيد الخدرى : انظر جـ ١ ص ٢٦١

سفيان : انظر جـ ١ ص ٢٥٢

السكونى : انظر جـ ٢ ص ٣٥٣

سلار توفى سنة ٤٦٣ هـ : حمزة بن عبد العزيز الديلمى الطبرستانى أبو يعلى الملقب بسلار أو سالار فقيه امامى سكن بغداد ومات فى قرية خسروشاه من قــرى تبريز له الأبواب والفصــول فى الفقه والمراســم العلوية فى الأحكام النبوية .

سليمان بن يسار : انظر بن يسار جـ ٢ ص ٣٦٦

أبو سليمان : انظر جـ ٤ ص ٣٦٥

ابن سلمون : انظر جـ ٢ ص ٣٥٤
السيوطى : انظر جـ ١ ص ٢٦٢

حـــرف الشـــين

ابن شاس : انظر جـ ٢ ص ٣٥٤
شافع بن السائب : شـافع بن السائب بن عبد يزيد بن هاشـم بن عبـد المطلب المطلبى جـد الامـام ، ذكـر الخطيب فى تاريخه انه سمع أبا الطيب طاهر بن عبد الله الطبرى يقول شافع بن السائب الذى ينسب اليه الامام الشافعى قد لقى النبى صلى الله عليه وسلم وهو مترعرع واسلم أبوه يوم بدر .
الشافعى : انظر جـ ١ ص ٢٦٢
الشبراملسى : انظر جـ ١ ص ٢٦٢
شريح : انظر جـ ١ ص ٢٦٣
أبو شريح العـدوى توفى سنة ٦٨ هـ : ابو شريح الخزاعى ثم الكعبى خويلد بن عمرو وقيل عمرو بن خويلد وقيل هانىء وقيل كعب بن عمرو وقيل عبد الرحمن والأول اشهر وبكعب جزم ابن نمير وابو حيثمة وتردد هـارون الحمال فى خويلد وكعب وقال الطبرى هو خويلد بن عمرو بن صخر بن عبد العزى وابن معاوية من بنى عدى بن عمرو بن ربيعة اسلم قبل الفتح وكان معـه لواء خزاعة يوم الفتح روى عن النبى صلى الله عليه وسلم احاديث وروى ايضا عن ابن مسعود رضى الله عنه وروى عنه نافع ابن جبير بن مطعم ابو سـعيد المقبرى وابنه سعيد بن ابى سعيد وفضـيل والد الحارث قال ابن سعد مات بالمدينة سنة ثمان وستين ذكره فى طبقة الخندقيين .
شريك بن السحماء : انظر جـ ١٠ ص ٣٩٨
الشعبى : انظر جـ ١ ص ٢٦٣
ابن شهاب : انظر جـ ٣ ص ٣٤٨

حـــرف الصـــاد

الصادق : انظر جـ ٥ ص ٣٧١
الصدوق : انظر جـ ٢ ص ٣٥٥
ابن الصلاح : انظر جـ ١ ص ٢٦٤

حـــرف الطاء

الطحاوى : انظر جـ ١ ص ٢٦٥
الطوسى : انظر جـ ١ ص ٢٦٥

حـــرف العـــين

ابن عابدين : انظر جـ ١ ص ٢٦٥
ابن عات : انظر ص ٦ ص ٣٨٦
العاصمى : انظر ص ٦ ص ٣٨٦
العباس : العبـاس بن عبد الله بن عباس ابن عبد المطلب بن هاشم وامه زرعة بنت مشرح بن معد يكرب بن وليعة من كنده وهى أم اخيه على بن عبد الله بن عباس وكان العباس أكبر ولد بن عباس وبه كان يكنى من ولده عبد الله وعون ومحمـد وغريعة وقد انقرض ولد العباس فلم يبق منهم احد وليس العقب اليوم من ولد عبد الله بن عباس الا فى ولد على بن عبد الله ابن عباس وفيهم العدد والخلافة .
ابن عباس : انظر عبد الله بن عباس جـ ١ ص ٢٦٧
أبو العباس : انظر جـ ١ ص ٢٦٦
ابن عبدوس : انظر جـ ٧ ص ٣٩٦
عبد الباقى الزرقانى : انظر جـ ٩ ص ٣٧٨
عبد الحق : انظر جـ ٦ ص ٣٨٧
عبد الحكم توفى سنة ٦١٣ : عبد الحكم بن أبى اسحاق ابراهيم بن منصور فاضل نبيل القدر له خطب جيدة وشعر لطيف مولده ووفاته بمصر وكان خطيب الجامع العتيق فيهـا .
عبد الرازق : انظر جـ ٢ ص ٣٥٦
عبد الرحمن بن الحجاج : انظر جـ ٤ ص ٣٦٨
عبد الرحمن بن الحكم توفى سنة ٢٣٨ هـ : هو عبد الرحمن بن الحكم بن هشام بن عبد الرحمن الأموى ابو المطرف رابع ملوك بنى امية فى الأندلس ولد فى طليطلة وكان أبوه واليا فيها قبل توليته الملك وبويع بقرطبـة سنة ٢٠٦ هـ بعد وفاة ابيه بيوم واحد وهو أول من جرى على سنن الخلفاء فى الزينة والشكل وترتيب الخدمة وكسا أبهة الجلالة فشيد القصور وبنى المساجد فى

الأندلس ومنها جامع اشبيلية وسورها واتخذ السكة (النقود) بقرطبة وضرب الدراهم باسمه له غزوات كثيرة اديبا ينظم الشعر مطلعا على علوم الشريعة وبعض فنون الفلسفة .

ابن عبد السلام : انظر جـ ١ ص ٢٦٦

أبو عبد الله : انظر جـ ٦ ص ٣٨٧

عبد الله بن أحمد : انظر جـ ٧ ص ٣٩٣

عبد الله بن جعفر : انظر جـ ٣ ص ٣٥٠

أبو عبد الله بن حامد : انظر جـ ٢ ص ٣٤٨

عبد الله بن رواحة توفى سنة ٨ هـ : عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصارى من الخزرج أبو محمد صاحبى بعد من الأمراء والشعراء الراجزين كان يكتب فى الجاهلية وشهد العقبة مع السبعين من الأنصار وكان أحد النقباء الاثنى عشر وشهد بدرا واحدا والخندق والحديبية واستخلفه النبى صلى الله عليه وسلم على المدينة فى احدى غزواته وصحبه فى عمرة القضاء وله فيها رجز وكان أحد الأمراء فى وقعة مؤتة بأدنى البلقاء من أرض الشام . فاستشهد فيها .

عبد الله بن عمر : انظر جـ ١ ص ٢٦٧

عبد الله بن مسعود : انظر جـ ١ ص ٢٦٧

عبد الله بن هشام : هو عبد الله بن هشام بن زهرة بن عثمان بن عمر بن كعب بن سعد ابن تيم بن مرة القرشى التيمى له ولأبيه صحبة روى عنه حفيده أبو عقيل زهرة ابن معبد قال البغوى سكن المدينة وقال ابن مندة كان مولده سنة ٤ وذكر الذهبى فى التجريد أن البخارى أخرج حديثه فى الأضحية ولم أره فيه وانما أخرج حديثه البخارى فى كتاب الشركة من رواية أبى عقيل عن جده عبد الله بن هشام وكان قد ادرك النبى صلى الله عليه وسلم وذهبت به أمه زينب بنت حميد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله بايعه فقال هو صغير فمسح رأسه ودعا له .

عبد الملك : انظر ابن حبيب جـ ١ ص ٢٥٣

العجلانى : هو عويمر بزيادة راء فى آخره هو ابن أبى أبيض العجلانى وقال الطبرانى هو عويمر بن الحرث بن زيد بن جابر بن الجد ابن العجلان ، وابيض لقب لأحد آبائه ويؤيد ذلك ما سيأتى عن الموطأ أخرج الشيخان وغيرهما من حديث سهل بن سعد قال جاء العجلانى الى عاصم بن عدى فقال له يا عاصم أرايت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل الحديث فى نزول آية اللعان . ووقع فى الموطأ رواية العقبنى أنه عويمر بن أشقر العجلانى وقيل أنه خطأ وان عويمر بن أشقر آخر مازنى وهو المذكور بعد ولعل احد اباء عويمر العجلانى كان يلقب ابيض فأطلق عليه الراوى أشقر .

العدوى : انظر جـ ١ ص ٢٥٧

ابن عرفة : انظر جـ ١ ص ٢٦٨

عروة بن الزبير : انظر جـ ٨ ص ٣٧٨

عقبة بن عامر : انظر ص ٣ ص ٣٥١

ابن عقيل : انظر جـ ٢ ص ٣٥٨

عكرمة : انظر جـ ١ ص ٢٦٨

على بن أبى طالب : انظر جـ ١ ص ٢٦٩

أبو على : انظر جـ ٢ ص ٣٥٨

أبو على بن راشد : انظر جـ ٢ ص ٣٥٨

أبو على الطبرنى : انظر جـ ١٠ ص ٤٠٠

الشيخ عليش : انظر جـ ١ ص ٢٦٩

عمر بن الخطاب : انظر جـ ١ ص ٢٦٩

عمر بن عبد العزيز : انظر جـ ١ ص ٢٦٩

عمران بن الحصين : انظر جـ ٢ ص ٣٥٩

عمرو بن العاص : انظر جـ ٣ ص ٣٥٠

عياض : انظر جـ ٢ ص ٣٦٢

حرف الغين

الغزالى : انظر جـ ١ ص ٢٧٠

حرف الفاء

فاطمة : انظر جـ ١ ص ٢٧١

ابن فرحون : انظر جـ ١ ص ٢٧١

حرف القاف

ابن القاسم : انظر ج ١ ص ٢٦٠
قاضي القضاة : انظر ج ١ ص ٢٦٠
القتيبى توفى سنة ٢٧٦ هـ : القتيبى مذكور فى المهذب والوسيط فى كتاب الوقف ثم فى أول كتاب العدد من المهذب بضم القاف وفتح الفاء بعدها موحدة وقد يزيدون فيه ياء مثناة من تحت بين التاء والباء للأول هو الفصيح المشهور الجارى على القواعد . وهو أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينورى الكاتب اللغوى الفاضل فى علوم كثيرة سكن بغداد وله مصنفات كثيرة جدا . فمن كتبه غريب القرآن ومشكل القرآن وغريب الحديث ومختلف الحديث وأدب الكاتب . وغيرها
ابن قدامة : انظر ج ١ ص ٢٧١
القدورى : انظر ج ١ ص ٢٧٢
أبو قلابة : انظر ج ١ ص ٢٧٣
ابن القيم : انظر ج ١ ص ٢٧٣

حرف الكاف

الكاسانى : انظر ج ١ ص ٢٧٣
كعب : انظر ج ٤ ص ٣٧٠
الكرخى : انظر ج ١ ص ٢٧٣
الكمال بن الهمام : انظر ج ١ ص ٢٧٣

حرف اللام

اللخمى : انظر ج ١ ص ٢٧٤
الكنى : انظر ج ٦ ص ٣٦١
الليث بن سعد : انظر ج ١ ص ٢٧٤
ابن أبى ليلى : انظر ج ١ ص ٢٧٤

حرف الميم

المؤيد بالله : انظر ج ١ ص ٢٧٥
ابن ماجه : انظر ج ١ ص ٢٧٤
المازرى : انظر ج ١ ص ٢٧٥
الماوردى : انظر ج ١ ص ٢٧٥
المبرد : انظر ج ٧ ص ٣٩٧
المتولى : انظر ج ٣ ص ٣٥٥
المجد بن تيمية : انظر ج ٩ ص ٣٨٢
مجزز المدلجى : انظر ج ٢ ص ٣٦٣
محمد : انظر ج ١ ص ٢٧٥
محمد الحلبى : انظر ج ٦ ص ٣٨٤
محمد بن قيس : انظر ج ٤ ص ٣٧٢
محمد بن مسلم : انظر ج ٥ ص ٣٧٨
محمد بن مسلمة : انظر ج ٢ ص ٣٦٣
محمد بن المكرم توفى سنة ٧١١ هـ : هو محمد بن مكرم — بتشديد الراء — بن على بن أحمد الأنصارى الرويفعى ثم المصرى القاضى جمال الدين ابن المكرم من ولد رويفع بن ثابت الأنصارى ولد أول سنة ثلاثين وستمائة وكان فاضلا وعنده تشيع بلا رفض مات فى شعبان سنة احدى عشرة وسبعمائة اختصر كتبا كثيرة وله النظم والشعر .
المحقق القمى : انظر القمى ج ١ ص ٣٩٠
المرتضى : انظر ج ١ ص ٢٧٥
مروان : انظر ج ١ ص ٢٧٥
أبو مريم الأنصارى : هو عبد الغفار بن القاسم ابن فهد الأنصارى يكنى أبو مريم امامى من أصحاب الباقر له كتب منها كتاب الصلاة روى عنه كثير من فقهاء الأمامية .
ابن مسعود : انظر عبد الله ج ١ ص ٢٦٧
مسلم : انظر ج ١ ص ٢٧٦
مسمع : هو كروين بن مسمع بن عبد الملك بن مسمع يكنى أبا سيسار له كتاب أخبرنا به أحمد بن عبدون عن على بن محمد بن الزبير عن على بن الحسن بن فضال عن محمد ابن الربيع عن محمد بن الحسن بن سحيتون عن عبد الله الأصم . والظاهر زيادة ابن هنا لأن كروين لقب مسمع . وقد ذكره الشيخ فى رجاله فى باب أصحاب الباقر بعنوان مسمع كروين وفى باب أصحاب الصادق بعنوان مسمع بن كروين وكذا النجاشى والكشى والعلامة الحلى فى كتبهم
مصطفى الرماصى توفى سنة ١١٣٦ هـ : أبو الخيرات مصطفى بن عبد الله بن موسى الرماصى الامام الفقيه العالم المحقق أخذ عن شيوخ مازونه ومصر ومنهم الخرشى

والزرقانى وله حاشية على شرح الشمس التتائى على المختصر غاية فى الجودة والنبل .

أبو مضر : انظر ج ٤ ص ٣٧٢

معاوية بن أبى سفيان : انظر ج ١ ص ٢٧٦

الشيخ المفيد توفى سنة ٤١٣ هـ : أبو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان بن عبد السلام البغدادى ، شيخ المشايخ . ورئيس رؤساء الملة فخر الشيعة . انتهت اليه رياسة الشيعة فى وقته ، كثير التصانيف فى الأصول والكلام والفقه ولد فى عكبرى ونشأ وتوفى فى بغداد . له أصول الفقه . والكلام فى وجوه اعجاز القرآن . وتاريخ الشريعة . والافصاح . فى الامامة .

أبو المهلب : هو أبو المهلب عم أبى قلابة مذكور فى المهذب فى باب أروش الجنايات اسمه عبد الرحمن بن عمرو وقيل معاوية بن عمرو وقيل عمرو بن معاوية ذكر هذه الأقوال الثلاثة فيه البخارى فى تاريخه وذكرها غيره وقيل اسمه النضر بن عمرو الحرمى الأسدى العصرى التابعى الكبير روى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وأبى بن كعب وعمران بن الحصين رضى الله عنهم روى عنه الحسن البصرى وابن سيرين وابن أبيه أبو قلابة عبد الملك ابن يزيد وعوف الاعرابى وكان أبو المهلب ثقة روى له مسلم فى صحيحه .

ابن المواز : انظر ج ١ ص ٢٧٨

ابن ميسر توفى سنة ٦٧٧ هـ : محمد بن على ابن يوسف بن ميسر تاج الدين أبو عبد الله مؤرخ مصرى توفى بالقاهرة من كتبه تاريخ القضاة وزين تاريخ مصر للمسبحى طبع مختصر الجزء الثانى منه باسم اخبار مصر .

حرف النون

الناصر : انظر ج ١ ص ١٧٨

النووى : انظر ج ١ ص ٢٧٩

حرف الهاء

الهادى : انظر ج ١ ص ٢٨٠

ابن هارون : انظر ج ١٠ ص ٤٠٤

أبو هاشم توفى سنة ٢٦١ هـ : أبو هاشم الجعفرى : داود بن القسم بن اسحاق ابن عبد الله بن جعفر بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه البغدادى . وكان ثقة جليل القدر عظيم المنزلة عند الأئمة عليهم السلام وقد شاهد منهم الرضا والجواد والهادى والعسكرى وصاحب الأمر صلوات الله عليهم أجمعين وكان منقطعا اليهم وقد روى عنهم كلهم وله أخبار ومسائل وله شعر جيد فيهم

ابن أبى هريرة : انظر ج ١ ص ٢٨٠

هشام : انظر ج ٢ ص ٣٦٦

هشام بن سالم : انظر ج ٢ ص ٣٦٦

هلال توفى سنة ٢٤٥ هـ : هو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى فقيه من أعيان الحنفية من البصرة لقب بالرأى لسعة علمه وكثرة أخذه بالقياس له كتاب فى الشروط قال صاحب كشف الظنون أول من صنف فى علم الشروط والسجلات هلال بن يحيى وكتاب أحكام الوقف اشتهر هو وأحكام الوقف لأحمد بن عمر الخصاف بوقفى الهلال والخصاف .

حرف الواو

ابن وهب : انظر ج ٢ ص ٣٦٦

حرف الياء

يحيى : انظر ج ١ ص ٢٨٠

يحيى : انظر ج ٩ ص ٣٨٥

يحيى بن عمر : انظر ج ٩ ص ٣٨٦

القاضى أبو يلعى : انظر ج ١ ص ٢٨١

أبو يوسف : انظر ج ١ ص ٢٨١

ابن يونس : انظر ج ١ ص ٢٨١

فهرس الموضوعات

فهـرس الموضوعات

الاشـــتباه
٥ ـ ١٣٨

اشتراط
من ص ١٣٩ الى ٢٦٩

اشتراك
من ص ٢٧٠ ـ ٣١١

اشراك
٣١٢ ـ ٣٧١

الأعـــلام

فهرس الموضوعات

مطابع الاهرام التجارية

رقم الايداع بدار الكتب
٣٠٨٧ / ١٩٧٤